Beitrag

zur

Lehre von der prozessualen Behandlung

der

Kompensationseinrede.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

einer

hohen Juristen-Fakultät

der

Eberhard-Karls-Universität zu Tübingen

vorgelegt

von

Fritz Orgler
Rechtsanwalt in Posen.

Tübingen 1897.
Druck von W. Armbruster & O. Riecker.

Von der Fakultät angenommen am 11. Februar 1897.

Seinem verehrten Vater

dem

Geheimen Justizrath **Orgler**

in kindlicher Dankbarkeit

gewidmet

vom Verfasser.

Inhalts-Übersicht.

§ 1. Einleitung.

I. Wird durch Erhebung der Kompensationseinrede Rechtshängigkeit der Gegenforderung begründet?

§ 2. Begriff der Rechtshängigkeit in dieser Arbeit.
§ 3. Der Stand des Streites.
§ 4. Allgemeine Gründe.
§ 5. Die Vorarbeiten zur Civil-Prozessordnung.
§ 6. Die Bestimmungen der Civil-Prozess-Ordnung.
§ 7. Die Grundsätze des Reichsgerichts.

II. Die Behandlung der Kompensationseinrede nach der Trennung.

§ 8. Stand des Streites.
§ 9. Erste Ansicht: das Gesetz weist die Kompensationseinrede aus dem Prozess heraus.
§ 10. Zweite Ansicht: durch Anordnung der getrennten Verhandlung geht die Kompensationseinrede in die entsprechende Widerklage über.
§ 11. Dritte Ansicht: das Gericht will nur dem Richter freigeben, prozessleitend Klage und Einrede in getrenntem Verfahren zu verhandeln, ohne dass die Einheit des Rechtsstreits zerstört oder die rechtliche Natur der Einrede geändert wird.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41552309_0122

§ 1.

Einleitung.

Die Behandlung der Kompensationseinrede im Prozesse hat von jeher zu Streitigkeiten in Wissenschaft und Praxis Anlass gegeben.

Mit Einführung der neuen Civilprozessordnung für das Deutsche Reich schien die allgemeine Meinung sich dahin zu neigen, die Rechtshängigkeit der mittels Einrede geltend gemachten Gegenforderung anzunehmen.

Da wurde in einer Abhandlung von Petersen die Rechtshängigkeit einer mittels Kompensationseinrede geltend gemachten Forderung verneint, und diese Abhandlung gab den Anlass dazu, dass eine Reihe von namhaften Schriftstellern sich dieser Ansicht anschloss, auch das Reichsgericht der Auffassung Petersen's beitrat. Allmählich machte sich aber eine Gegenströmung geltend, die namentlich in der Theorie immer mehr an Boden gewann, und es kann jetzt die Frage wieder als eine offene betrachtet werden.

Auch die zweite hauptsächliche Streitfrage: die Behandlung der Kompensationseinrede nach ihrer Trennung vom Hauptprozess hat durch die Civilprozessordnung eine Entscheidung nicht gefunden. Das Reichsgericht hat wohl in einer jüngsten Plenarentscheidung zu ihr Stellung genommen, jedoch, wenn auch wohl für die Praxis der Streit erledigt ist, ob auch die Wissenschaft sich mit dieser Entscheidung zufrieden geben wird, steht sehr dahin, da die Ansichten zu schroff einander gegenüber getreten sind.

In der vorliegenden Arbeit soll versucht werden, zu diesen beiden Fragen Stellung zu nehmen.

I.

Wird durch Erhebung der Kompensationseinrede Rechtshängigkeit der Gegenforderung bewirkt?

§ 2.

Begriff der Rechtshängigkeit in dieser Arbeit.

Vorerst ist zu bemerken, dass fast alle Schriftsteller darüber einig sind, dass unter Rechtshängigkeit im Sinne der Civilprozessordnung sowohl die prozessuale wie die materiellrechtliche Rechtshängigkeit zu verstehen ist. Der Streit dreht sich nur um die Frage, ob die Rechtshängigkeit in diesem umfassenden Sinne Folge der Erhebung eines Aufrechnungseinwandes ist oder nicht.

Nur Lippmann[1]) macht hiervon eine Ausnahme. Er geht davon aus, dass die volle Rechtshängigkeit d. h. die prozessuale wie die materiellrechtliche nur Folge der Klageerhebung sei, dass dagegen die Erhebung einer Widerklage oder einer Kompensationseinrede nur die materiell rechtliche Rechtshängigkeit zur Folge habe. Er weist darauf hin, dass eine Reihe von Bestimmungen, welche sich als Folge der prozessualen Rechtshängigkeit darstellten, — die §§ 235—243, namentlich die §§ 247, 248 — nicht auf Widerklage und Kompensationseinrede angewendet werden können.

Den inneren Grund für den Unterschied in der prozessualen Behandlung der Klage und Widerklage findet Lippmann in der Gestaltung des jetzigen Prozesses.

Da dieser ein mündlicher sei, so habe die Parteigebundenheit, wie sie der alte Prozess mit der Eventualmaxime im Gefolge gehabt habe, völlig aufgehört, abgesehen von der Klage, für die aus prozesspolitischen Gründen Gebundenheit eingeführt sei.

---

1) Archiv Bd. 65, S. 358.

Von einer prozessualen Rechtshängigkeit könne nicht die Rede sein bei Ansprüchen, die jederzeit ihrem Rechtsgrunde nach verändert vorgelegt, zurückgezogen und wieder geltend gemacht werden können.

Diese Ansicht Lippmann's ist ausführlich von Schollmeyer [1]) widerlegt. Derselbe weist darauf hin, dass mündliches Verfahren und Parteiungebundenheit einander nicht ausschliessen, dass im Legisaktionenprozess Mündlichkeit und strengste Parteigebundenheit vereint gewesen seien; dass übrigens jene Ungebundenheit nicht bestehe, da nach § 253 C.-P.-O. das Gericht Verteidigungsmittel, weil verspätet angebracht, zurückweisen könne. Es wird auf die zutreffenden Ausführungen Schollmeyer's verwiesen.

Wenn demnach in dieser Arbeit von Rechtshängigkeit die Rede ist, so wird darunter sowohl die prozessuale wie die materiell rechtliche Rechtshängigkeit verstanden.

§ 3.

Stand des Streites.

Zwei Ansichten stehen einander schroff gegenüber. Die Einen, deren Wortführer Petersen ist, verneinen die Rechtshängigkeit eines durch Kompensationseinrede geltend gemachten Gegenspruchs, die anderen unter Führung von Schollmeyer bejahen dieselbe. [2])

---

1) Kompensation, S. 11 ff.

2) Gegen die Rechtshängigkeit haben sich ausgesprochen: Petersen bei Busch Bd. II S. 93 ff. Bd. IV S. 293. Gruchot Bd. 30 S. 2, Bd. 31 S. 535. Eccius (Gruchot 23 S. 742. Preussisches Privatrecht Bd. 1 S. 603). Loening Busch Bd. 4 S. 248. Schwalbach (civilistisches Archiv Bd. 64 S. 269). Weissmann (Hauptintervention S. 118, Lippmann (civilistisches Archiv Bd. 65 S. 358): Geib Seufferts Archiv Bd. 85 S. 161 ff. Buschs Zeitschrift Bd. 22, S. 597 ff. Seuffert (Kommentar S. 180 Anm. 5). Förster (Kommentar Bd. I S. 229c, S. 402 Anm. 2). Wilmowski und Levy (Kommentar Bd. I S. 401). Bülow (Kommentar S. 85 S. 167 Anm. 4).

Für die Rechtshängigkeit haben sich ausgesprochen

Zwischen diesen beiden Ansichten stand früher noch eine dritte, oder vielmehr es war dies die ursprüngliche Ansicht derer, welche die Rechtshängigkeit verneinten.

Petersen nahm auf Grund des § 293 Abs. 2 C.-P.-O. an, dass mit dem Augenblick, in welchem ein Urteil über die durch Einrede geltend gemachte Gegenforderung ergeht, diese rechtshängig wird. Dieser Ansicht haben sich alle seine Anhänger angeschlossen. Später hat Petersen eine solche bedingte Rechtshängigkeit rundweg verneint, und es scheint, als ob diese Ansicht jetzt von keinem Schriftsteller mehr vertreten werde.

Bei Behandlung des § 293 soll auf diese Ansicht, welcher jetzt wohl nur ein geschichtlicher Wert beizumessen ist, zurückgegriffen werden. In der vorliegenden Arbeit wird der Standpunkt vertreten, dass eine durch Einrede zum Zweck der Aufrechnung geltend gemachte Gegenforderung rechtshängig wird.

Die Form der Behandlung der Frage ist eine wesentlich polemische.

Es werden die Grundsätze der Lehre Petersen's, welcher in ausführlicher und scharfsinniger Weise die Theorie von der Nichtrechtshängigkeit aufgestellt und durchgeführt hat, bekämpft und es soll versucht werden, die Unrichtigkeit derselben nachzuweisen.

Berücksichtigt werden dabei allerdings nur die Bestimmungen des gegenwärtigen Gesetzes und seine Vorarbeiten.

Auf die geschichtliche Entwickelung des Instituts der

Wach (Vorträge S. 105. Handbuch Bd. 1 S. 291, 537 Note 13). Planck (Handbuch Bd. I S. 263). Ude (Busch Bd. 5 S. 330). Lippmann (Busch Bd. 13 S. 81). Schollmeyer (Kompensationseinrede und Gruchot Bd. 31 S. 222). Osann Beiträge, Wex (Gruchot Bd. 31 S. 248). Schepers (Gruchot Bd. 24 S. 755 Nr. 2 Oetker, konkursrechtliche Grundbegriffe Bd. 1 S. 250). Fitting Civilprozess, Kohler Buschs Zeitschrift Bd. 20 S. 22. Von den Kommentaren: Puchelt Bd. II S. 16 Anm. 1, S. 50, Kleiner Bd. II S. 32 S. 92, Sarwey S. 350, Endemann Bd. II S. 60, Reinke S. 170s, Struckmann und Koch S. 289, Gaupp I S. 289.

Kompensationseinrede und den Rechtszustand und die Streitigkeiten vor dem Inkrafttreten der Civilprozessordnung wird mit Rücksicht auf den Zweck der Arbeit und den Umstand, dass die Civilprozessordnung in ihren Grundsätzen auf einem ganz anderen Boden, als dem des gemeinen und des preussischen Prozessrechts steht, nicht eingegangen werden.

Petersen hat seine Lehre namentlich infolge der Polemik mit Schollmeyer immer reiner ausgebildet, und so erscheint sie in seiner letzten grösseren Abhandlung in Gruchot's Beiträgen Bd. 31 „Wird durch die Kompensationseinrede Rechtshängigkeit begründet“ in geschlossener abgeklärter Form.

Diese Abhandlung kommt daher für die Darstellung der Lehre Petersen's fast ausschliesslich in Betracht und gegen die in derselben ausgesprochenen Ansichten soll der Angriff gerichtet sein.

Die früheren Arbeiten, soweit sie die jetzige Ansicht Petersen's darlegen und soweit sie von derselben abweichen, sind natürlich auch berücksichtigt.

§ 4.

Allgemeine Gründe.

Petersen gründet seine Lehre auf den Satz: die Kompensationseinrede ist ihrer Natur nach und nach den gesetzlichen Bestimmungen reines Verteidigungsmittel, bestimmt, den Anspruch des Klägers abzuwehren.

Er führt aus [1]) Rechtshängigkeit entsteht allein dadurch, dass ein Prozess vor Gericht anhängig gemacht werde.

Es frage sich nun, ob und inwieweit nach Erhebung einer Klage weitere Ansprüche rechtshängig gemacht werden könnten. Unzweifelhaft trete Rechtshängigkeit ein, wenn der Kläger im Laufe des Rechtsstreits neue Ansprüche erhebe, im Allgemeinen auch, wenn der Beklagte eine Widerklage er-

1) Gruchot, Bd. 31, S. 541.

hebe; denn in beiden Fällen werde ein neuer „Streitgegenstand“ in den Prozess eingeführt.

Wenn dagegen der Beklagte nur den Klageanspruch abwehre, werde der Natur der Sache nach „Rechtshängigkeit einer Streitsache“ dadurch nicht begründet, selbst dann nicht, wenn der Beklagte nicht nur den Klagegrund leugne, sondern auf Grund von Thatsachen oder eines Rechtsverhältnisses behaupte, der Klageanspruch bestehe ihm gegenüber überhaupt nicht oder sei erloschen. Auch wenn der Beklagte sich auf einen dem Recht des Klägers entgegenstehenden Anspruch stütze, z. B. der actio Publiciana sein Eigentum, dem Anspruche des Klägers auf Herausgabe einer Sache, ein Retentionsrecht, der Klage auf Zahlung des Kaufpreises die exceptio non rite adimpleti contractus entgegensetze, würden diese Ansprüche nicht Streitgegenstand und deshalb nicht rechtshängig.

Wesentlich sei bei allen diesen Einreden, dass das Urteil nur über die Klageforderung erlassen werde, dass diese entweder für begründet erachtet oder zurückgewiesen werde. Dagegen über die Behauptungen und „Ansprüche“ der Beklagten entscheide das Urteil nicht.

Dies ist unzweifelhaft richtig.

Ueber den „Streitgegenstand“ muss das Urteil eine Entscheidung treffen und zwar so, dass sie für die Parteien bindend ist; über die Einwendungen trifft es keine Entscheidung, sondern benutzt sie nur als Elemente der Urteilsfindung.

Aber damit ist noch nicht die Frage entschieden, ob die Kompensationseinrede Rechtshängigkeit bewirkt; denn die Thatsache, dass die Gegenforderung in Form einer Einrede geltend gemacht wird, spricht noch nicht allein dafür, dass die Kompensationseinrede reines Verteidigungsmittel ist. Das soll ja erst bewiesen werden. [1])

Als Hauptargument führt Petersen an, dass auch mit den genannten Einreden „Ansprüche“ gegen den Kläger erhoben werden.

---

1) Vgl. Lippmann, Busch, Bd. XIII, S. 59,

Dieser Ausdruck erscheint ungenau.

Der Ausdruck „Anspruch“ ist von Windscheid in die Rechtssprache zum Ersatze des römischen Wortes „actio“ eingeführt worden und bedeutet „das Recht, von einem anderen etwas zu verlangen“.

Gaupp [1]) bestimmt den Begriff „Anspruch“ im prozessualen Sinne als das materielle, durch den Prozess zu verwirklichende subjektive Recht gegen eine bestimmte Person. Erklärt der Beklagte bei Geltendmachung der obengenannten Einreden exceptiones dominii, retentionis, non adimpleti contractus „er habe etwas von dem Kläger zu verlangen“? Unzweifelhaft nicht. Dagegen der Kompensant erklärt dies ausdrücklich; er behauptet, er habe eine selbstständige Forderung gegen den Kläger. [2]) Die Kompensationseinrede unterscheidet sich daher wesentlich von den anderen Einreden.

Der Beklagte, welcher der actio publiciana sein Eigentum entgegensetzt, erhebt keinen Anspruch gegen den Kläger, sondern setzt dem Recht des Klägers sein besseres Recht entgegen; er sagt: Dein Anspruch scheitert an meinem besseren Recht.

Ähnlich gestalte sich die Retentionseinrede. Auch hier wird um eine „Sache“ gestritten, deren Herausgabe der Kläger verlangt. Der Beklagte verweigert die Herausgabe der Sache, in dem er ein besseres Recht auf die Sache zu haben behauptet. In beiden Fällen wird darüber gestritten, wem das bessere Recht an derselben Sache zusteht. Gegenstand des Streites ist immer dieselbe Sache (eadem res).

Ganz anders bei der Kompensationseinrede. Hier sei der Fall vorerst möglichst einfach gestaltet, um an ihm das Wesen der Kompensationseinrede zu erkennen.

Der Fall ist folgendermassen zu denken: Der Beklagte bestreitet den Anspruch des Klägers nicht, setzt ihm jedoch einen mit dem Klageanspruch in rechtlichem Zusammenhange stehenden Gegenanspruch entgegen.

---

1) A. a. O. Bd. I, S. 289 II. 1.

2) Vgl. Wex, Gruchot, Bd. 31, S. 254.

Der Beklagte sagt in diesem Falle: Du Kläger hast etwas von mir zu fordern, ich erkenne das an, aber ich habe auch eine Forderung gegen Dich, und die sollst Du anerkennen.

Der Unterschied der beiden oben erwähnten Einreden und der so gestalteten Kompensationseinrede liegt darin, dass bei jenen Einreden der Rechtsgrund ein verschiedener bei Klage und Einrede ist, dagegen der Gegenstand beider derselbe, bei der Kompensationseinrede der Rechtsgrund derselbe ist, dagegen der Gegenstand der Klage und der Einrede ein verschiedener.

Bei jenen Einreden ist das Recht auf den Besitz einer Sache streitig (und nur um diesen kann es sich handeln). Der Beklagte, der im Besitze ist, verteidigt seinen Besitzstand, er verlangt, dass Kläger ihn nicht störe. Mit der Kompensationseinrede tritt der Beklagte dem Kläger entgegen und sagt: mir steht ein Recht zu, kraft dessen Du zu einer Handlung, einer Leistung verpflichtet bist. Bei der exceptio non adimpleti contractus verweigert der Beklagte Erfüllung seiner Verbindlichkeit, weil der Kläger, welcher vorzuleisten verpflichtet war, seinerseits nicht erfüllt habe. Auch hier ist von einem Anspruch des Beklagten nicht die Rede.

Gaupp [1]) sieht den Unterschied zwischen der Kompensationseinrede und den anderen Einreden (wie z. B. der Retentionseinrede) darin, dass diese eine Elidierung eines Anspruchs jener Realisierung einer Gegenforderung zum Zwecke habe, demnach als Anspruch im prozessualen Sinne anzusehen sei und auch demgemäss von der Zivilprozessordnung behandelt werde.

Schon hieraus folgt, dass in der Kompensationseinrede mehr liegt, als ein einfaches Verteidigungsmittel.

Wie Planck [2]) zutreffend ausführt, geht die Absicht des Kompensanten dahin, dass er nicht nur Aberkennung des Klage-

1) A. a. O. Bd. I, S. 289 II.
2) A. a. O. Bd. I, S. 262.

anspruchs, sondern auch Zuerkennung seines Gegenanspruchs soweit beantragt, als derselbe zur Tilgung der Klageforderung nötig ist. Die klagerechthemmende Wirkung dieser Einrede wird nur dadurch erreicht, dass der Kläger gezwungen wird, seine Forderung zur Erfüllung der Gegenforderung des Beklagten verwenden zu lassen. Somit beantragt Beklagter mit dieser Einrede der Form nach Abweisung des Klägers, aber der Sache nach zugleich Verurteilung zur Leistung des entsprechenden Teils der Gegenforderung. Damit ist zugleich der Umfang der Erweiterung des Streitgegenstandes für diesen Fall bestimmt.

Lippmann [1]) erklärt die Kompensationseinrede für einen Rechtsbehelf, in dem materielle Angriffs- und materielle Verteidigungskraft in mathematisch gleichem Masse vorhanden sind und eventuell wirksam werden.

Ebenso sagt Wach [2]) bei der Kompensationseinrede sei die einredeweise Verteidigung nicht nur Feststellungsantrag, sondern zugleich Antrag zur Realisierung des Gegenrechts in Form der Aufrechnung.

Kohler [3]) führt aus: die Kompensationseinrede enthalte:

1. die Erklärung, dass die Kompensation vollzogen werde,
2. den Antrag an das Gericht festzustellen, dass dieser Kompensationsakt wirksam sei, nicht nur bezüglich der Kompensabilität, sondern auch bezüglich des Bestehens der Gegenforderung.

Diese Feststellung treffe das Gericht nicht nur desshalb, weil die Entscheidung über das Bestehen oder Nichtbestehen der Kompensationsforderung präjudiziell für das Gericht sei, um sich über die Entscheidung der Klage schlüssig zu machen. Das Gericht habe vielmehr die Gegenforderung wirklich festzusetzen, über die Gegenforderung wirklich zu entscheiden,

1) Busch, Bd. XIII, S. 99.
2) Vorträge, S. 105.
3) Busch, Bd. XX, S. 30, 31.

denn nur so könne es über die Wirksamkeit des Kompensationsaktes und folglich über das Fortbestehen der Hauptforderung zum Urteil kommen.

Man hat ferner zur Widerlegung der Lehre von der Rechtshängigkeit der mittels der Kompensationseinrede geltend gemachten Gegenforderung ausgeführt: [1]) die Rechtshängigkeit der Gegenforderung sei in jedem Falle nur eine bedingte, denn es sei ungewiss, ob das Gericht überhaupt in die Lage komme, über die Gegenforderung zu entscheiden. Wenn die Klage zurückgenommen werde, wenn andere Einreden des Beklagten für durchgreifend erachtet würden, so bleibe die Entscheidung über das Bestehen oder Nichtbestehen der Gegenforderung in der Schwebe und es gäbe dann eine Rechtshängigkeit ohne Rechtskraft.

Diese Ausführung ist verfehlt.

Rechtshängigkeit und Rechtskraft decken sich wohl ihrem Umfange nach, aber die erstere ist ohne letztere sehr wohl denkbar. Rechtshängigkeit ist Voraussetzung der Rechtskraft, nicht aber umgekehrt. Rechtskraft unbedingte Folge der Rechtshängigkeit. Wenn der Kläger seinen Klagcantrag auf zwei Ansprüche stützt, z. B. in erster Linie auf ein Kaufgeschäft, in zweiter auf ein Darlehen, so ist es unzweifelhaft, dass beide Klagegründe rechtshängig werden, dass der Kläger nicht etwa in einem anderen Prozess nochmals während der Dauer dieses ersten Prozesses eine Klage auf dasselbe Darlehen stützen kann. Wenn der Richter dem Kläger die eingeklagte Summe zuspricht, weil die Kaufklage begründet ist und erklärt, dass er, deshalb der Entscheidung über das Bestehen einer Darlehensforderung überhoben sei, so ist nur die Entscheidung über den Kauf in Rechtskraft übergegangen. [2])

Ueber die Darlehensforderung liegt eine rechtskräftige Entscheidung nicht vor.

1) Petersen, Busch, Bd. I, S. 95, Busch, Bd. IV, S. 297.
2) Vgl. Kohler a. a. O., S. 36.

Trotzdem war bis zur Entscheidung der zweite Klagegrund rechtshängig.

Auch ist es bei der Klageerhebung noch nicht sicher, ob der Richter mit dem Klageanspruch befasst wird. Wenn die Klage vor der Verhandlung zurückgenommen oder der Rechtsstreit vor dem Termine durch Vergleich, Verzicht, Anerkenntnis erledigt wird, kommt der Richter auch nicht in die Lage, materiell über den Klageanspruch zu entscheiden. [1])

Allerdings mit dem Augenblick, in welchem feststeht, dass über den zweiten Klagegrund nicht entschieden wird, ist die Wirkung der Rechtshängigkeit aufgehoben und zwar so, als ob nie eine solche eingetreten wäre.

Ein rechtskräftiges Urteil ist nicht vorhanden: aber niemand wird leugnen, dass solange die Möglichkeit einer rechtskräftigen Entscheidung vorhanden war, der Klageanspruch rechtshängig war. [2])

Wenn dagegen der Beklagte den Klageanspruch sofort anerkennt, aber eine Gegenforderung geltend macht, ist es unzweifelhaft, dass über diese eine rechtskräftige Entscheidung ergehen wird.

Die Rechtshängigkeit eines Anspruchs ist nur dadurch bedingt, dass er der Rechtskraft fähig ist. [3])

Wenn und so lange die Möglichkeit besteht, dass über den Anspruch rechtskräftig entschieden werde, besteht die Rechtshängigkeit und erlischt erst mit dem Augenblick, als diese Möglichkeit nicht mehr gegeben ist.

Dass über den Anspruch entschieden werden muss, damit er bei seiner Geltendmachung rechtshängig werde, ist nicht erforderlich.

Ferner wird Seitens der Gegner geltend gemacht: Wenn die Erhebung der Kompensationseinrede Rechtshängigkeit er-

1) Vgl. Schollmeyer, Gruchot, Bd. 31, S. 227.

2) Vgl. Lippmann, Archiv, Bd. 65, S. 413.

3) Vergl. Schollmeyer, Kompensation, S. 11, Gruchot, Bd. 31, S. 226,

zeuge, so könne Beklagter die einmal erhobene Kompensationseinrede nicht mehr einseitig zurücknehmen, denn die einmal begründete Rechtshängigkeit bleibe bestehen. Osann hat, wie weiter unten ausgeführt, auch diese Folgerung gezogen.

Diese Ansicht wird treffend durch Kohler [1]) widerlegt, welcher ausführt, Rechtshängigkeit und Möglichkeit, sie wieder aufzuheben, vertrügen sich ganz gut. Auch bei der Klage sei ein solcher Verzicht auf die Rechtshängigkeit möglich. Festhalten müsse man dann, dass der Beklagte die Feststellung der Gegenforderung nur wolle, um den Kompensationsakt vollziehen zu können. Da der Kompensationsakt im Prozess jederzeit widerruflich sei, so könne der Beklagte jederzeit erklären, dass er nicht mehr kompensieren wolle. In diesem Falle erlischt auch naturgemäss jedes Bedürfnis, die Gegenforderung in diesem Prozess zur richterlichen Feststellung zu bringen.

Die Frage: ob durch Erhebung einer Kompensationseinrede Rechtshängigkeit bewirkt wird oder nicht, drängt namentlich in den Fällen zur Entscheidung, in welchen der Beklagte mit einer bereits anderweitig rechtshängig gemachten Forderung kompensieren will oder der Beklagte, trotzdem er eine Forderung zur Kompensation gestellt hat, dieselbe nochmals im Wege der Klage geltend macht.

Petersen [2]) spricht von seinem Standpunkte aus folgerichtig dem Beklagten das Recht zu, mit rechtshängigen Forderungen zu kompensieren und die Gegenforderung selbstständig im Klagewege zu verfolgen.

Den Einwand, es könnte doch wiedersprechende Entscheidung ergehen, falls die Gegenforderung sowohl mittels Einrede wie mittels Klage geltend gemacht würde, beseitigt er mit der Ausführung, die Einrede würde aus dem Prozesse heraus zum besonderen Prozesse verwiesen.

Der Kompensant müsse, um seinen Anspruch geltend

1) A. a. O., S. 33.

2) Gruchot, Bd. 31, S. 538.

zu machen eine selbstständige Klage erheben. Damit schwinde die Besorgnis widersprechender Entscheidungen, denn nunmehr stände der neu erhobenen Klage des Kompensanten der Einwand der Rechtshängigkeit entgegen; nunmehr seien zwei Prozesse über denselben Streitgegenstand angestrengt.

Es soll vorläufig völlig dahingestellt bleiben, ob die Massregeln aus § 136 Abs. 2 § 274 C.-P-O. wirklich eine Hinausverweisung der Kompensationsforderung aus dem Prozess zur Folge haben. Zugegeben, dass dem so sei, so giebt jene Gesetzesbestimmung ihrem Wortlaute nach dem Richter zwar das Recht zu solchen Massregeln, legt ihm aber nicht die Pflicht auf, so zu verfahren.

Was wäre die Folge, wenn der Richter von dieser Befugnis keinen Gebrauch macht?

In diesem Falle ist doch die Möglichkeit nicht ausgeschlossen, dass die Gerichte verschieden entscheiden! dass das Gericht, welches über die als Einrede geltend gemachte Gegenforderung zu entscheiden hat, dieselbe verwirft, das Gericht aber, welches über dieselbe Forderung als Klageforderung zu entscheiden hat, dieselbe für begründet hält! Noch mehr ist diese Möglichkeit vorhanden, wenn Klageforderung und Gegenforderung konnex sind. Hier darf der Richter nicht die Gegenforderung aus dem Prozess herausreissen, hier muss er über ihr Bestehen oder Nichtbestehen entscheiden.

Und daneben wird auch jener zweite Rechtsstreit ausgetragen, in welchem der Beklagte in dem ersten Prozess nunmehr als Kläger die dort einredeweise geltend gemachte Forderung als Klageforderung geltend macht.

Es wird allerdings eingewendet:

Solch ein Fall, wo zwei Gerichtshöfe über dieselbe Forderung widersprechende Entscheidung fällen, wird wohl nicht vorkommen; denn auf Grund des § 139 C.-P.-O. wird das eine der beiden mit der Forderung befassten Gerichte seine Entscheidung aussetzen, bis das andere Gericht über das Bestehen oder Nichtbestehen der Forderung entschieden hat.

§ 139 kann jedoch im vorliegenden Fall nicht zur Anwendung kommen, weil von Präjudizialität keine Rede sein kann. Man nehme an, dass der Beklagte zuerst die Gegenforderung durch Einrede erhoben hat und nunmehr sie durch Klage geltend macht. [1])

Was soll nun geschehen?

Die Entscheidung über die durch Klage geltend gemachte Gegenforderung kann nicht bis zur Erledigung jenes ersten Rechtsstreits ausgesetzt werden, denn es ist ja nicht gewiss, ob in diesem Prozess überhaupt es zum Urteil bezüglich der Gegenforderung kommen wird. Oder soll die Entscheidung über den Hauptprozess so lange ausgesetzt werden, bis der Prozess über die durch Klage geltend gemachte Gegenforderung entschieden ist? Dies ist auch nicht angängig, denn der präjudizierende Vorprozess ist unzweifelhaft der über die Hauptforderung des Kompensaten.

Wenn eine bereits durch Klage geltend gemachte Forderung ausserdem zur Kompensation benutzt wird, dann sind beide Prozesse einander präjudiziell.

Welcher soll ausgesetzt werden? [2])

Aber wenn man die Zulässigkeit einer solchen Aussetzung annimmt (auf Grund des § 139 C.-P.-O.), so ist damit dem Beklagten Gelegenheit gegeben, den Prozess über die Klageforderung zu verschleppen. Er braucht nur einen verwickelten Gegenanspruch zu erheben und, wenn der Prozess der Entscheidung nahe, diesen Gegenanspruch auch mittels Klage geltend zu machen.

Dann muss die Aussetzung der Verhandlung über die Klageforderung der Kompensation erfolgen, bis die Gegenforderung des Kompensanten in jenem zweiten Rechtsstreit in allen Instanzen entschieden ist.

Dazu kommt noch, dass § 139 gleich § 136 dem Richter

1) Vgl. Kohler a. a. O., S. 28.

2) Vgl. Schollmeyer bei Gruchot, Bd. 31, S. 241.

nur ein Recht zu solcher Massregel giebt. Es ist demnach die Möglichkeit nicht ausgeschlossen, dass keins der beiden Gerichte die Aussetzung beschliesst, und dann können widersprechende Entscheidungen ergehen.

Ein Übelstand zeigt sich ferner, falls man Petersen's Ansicht folgt dann, wenn der Kläger zwei verschiedene Klagen gegen denselben Beklagten angestrengt hat und dieser den beiden Klagen denselben Kompensationseinwand entgegensetzt.

Nimmt man in diesem Fall Nichtrechtshängigkeit der Kompensationseinrede an, so kann unter Umständen, d. h. wenn die Gegenforderung mit jedem der Klageansprüche in rechtlichem Zusammenhange steht, und wenn jene als begründet angesehen wird, der Kläger beider Ansprüche verlustig gehen.

Aussetzung eines Rechtsstreits nach § 139 C.-P.-O. ist hier in jedem Falle unzulässig.

Denn die Kompensationseinrede bildet nicht den Gegenstand eines anderen rechtshängigen Rechtsstreits, da sie ja nach dieser Meinung nicht Streitgegenstand und nicht rechtshängig ist.

Ein fernerer Übelstand der Petersen'schen Lehre ist folgender: der Beklagte, der eine Gegenforderung in einem Prozesse einredeweise geltend gemacht hat, ist nach Petersen berechtigt, diese Forderung daneben im Klagewege zu verfolgen.

In diesem zweiten Prozesse steht es nun dem Kläger im ersten Prozesse frei, seinen Klageanspruch in dem zweiten Prozesse auch als Gegenforderung geltend zu machen. Und nun entwickeln sich zwei Prozesse nebeneinander, in denen dasselbe verhandelt wird, allerdings mit verkehrten Parteirollen.

Das ist offenbar unzulässig.

Kohler [1]) verkennt diese Schwierigkeiten nicht, meint aber, in diesem Falle entscheide die Praevention.

Irgend eine Begründung dieser Ansicht giebt er nicht.

Dass aber solch entgegengesetzte Entscheidungen geeignet

1) A. a. O. S. 29.

sind, das Rechtsbewusstsein und das Vertrauen zu der Zuverlässigkeit unserer Rechtsprechung zu erschüttern, bedarf keiner näheren Ausführung.

All diese Gefahren fallen fort, sowie man sich auf den Standpunkt stellt, dass mit der Erhebung der Kompensationseinrede Rechtshängigkeit erzeugt wird.

Hier ist die Möglichkeit entgegengesetzter Entscheidungen und von Verschleppungen ausgeschlossen.

Wenn der Beklagte die Forderung, die er einredeweise dem Anspruche des Klägers entgegengesetzt hat, nunmehr als selbstständige Klageforderung geltend machen will, so wird ihm die Einrede der Rechtshängigkeit entgegengesetzt.

Wie stellt sich aber die Sache, wenn der Beklagte mit einer bereits anderweitig rechtshängig gemachten Forderung kompensieren will?

Nun, dann setzt der Kläger dem Kompensationseinwand die Replik der Rechtshängigkeit entgegen. [1])

Ein Bedenken, das daraus entstehen könnte, dass eine solche Replik im Gesetz nicht vorgesehen ist, wird dadurch beseitigt, dass das Gesetz darüber, ob die Rechtshängigkeit auch replicando geltend gemacht werden könne, keine Vorschriften getroffen hat, und dass der Kompensationseinrede auch die Einrede der Rechtskraft replicando entgegengestellt werden kann.

Damit wird in das Kompensationsrecht nicht eingegriffen. Denn, wer Klage erhebt, obwohl er weiss, dass der Beklagte gleichfalls einen Anspruch gegen ihn hat, muss es sich gefallen lassen, dass dieser, anstatt seinen Anspruch gegen den Kläger durch Aufrechnung zu tilgen, selbstständige Klage wegen dieses Anspruches erhebt, und dem Kläger im ersten Prozesse darf es nicht gestattet sein, seinen Anspruch, den er vorher bereits klagend geltend gemacht hat, nunmehr noch zur Aufrechnung zu stellen.

---

1) Struckmann und Koch a. a. O., S. 291, Gaupp a. a. O., Bd. I, S. 464, Fitting a. a. O., S. 317. Anmerk. 16, Planck a. a. O., Bd. I, S. 274, Nro. 22.

Übrigens ist der Nachteil, den der Kompensant erleidet, nicht so gross. Denn wird ihm seine Gegenforderung in dem von ihm angestrengten Prozesse rechtskräftig zuerkannt, ehe der Prozess über die Klageforderung des Kompensaten entschieden ist, so kann er die Gegenforderung nun wieder vorbringen, da ja die Rechtshängigkeit in dem anderen Prozesse mit dem rechtskräftig gewordenen Urteil weggefallen ist, und diese nur so lange ein Eingehen auf den Gegenanspruch hinderte, als jene Rechtshängigkeit bestand. [1])

Schollmeyer [2]) verfolgt einen anderen Weg.

Nach ihm verlangt der Beklagte, der mit einem schon anderweitig etwa durch Klage rechtshängig gemachten Anspruch kompensieren will, nicht, dass über das Bestehen oder Nichtbestehen der zur Kompensation gestellten Forderung gemäss § 293 Abs. 2 C.-P.-O. entschieden werde. Denn um dies zur Entscheidung zu bringen, hat er ja in dem anderen Prozesse Klage erhoben.

Er will bloss die Form der Verwirklichung seiner Forderung feststellen.

Der Kompensant verlangt also in dem Prozess des Kompensaten nur, dass gegen dessen Forderung mit der in seinem Prozess rechtskräftig festzustellenden Gegenforderung aufgerechnet werde.

Allerdings, so meint Schollmeyer, könne dies auch dazu führen, dass bei der Kompensation mit rechtshängigen Forderungen die Kompensationseinrede zurückgewiesen werde, aber dies sei niemals Folge der Litispendenz.

Dem steht jedoch entgegen, dass der Kompensant die ihm von Schollmeyer untergelegte Absicht nicht zum Ausdruck bringt, sondern jedenfalls zur Begründung seiner Gegenforderung alle Beweismittel vorbringt und Feststellung verlangt.

---

1) Vgl. Gaupp a. a. O., Bd. I, S. 465. Anm. 14, Reichsgericht, Entsch. vom 14/12. 87 Jur. W. für 1888 S. 12, Nro. 12.

2) Kompensation S. 68, Gruchot Bd. 31, S. 230.

Der Kläger kann sich demgegenüber nur schützen, dadurch dass er nachweist, dass der Beklagte bereits seine Gegenforderung anhängig gemacht habe und dass er demnach nochmalige Feststellung nicht verlangen dürfe. Aber das ist die Replik der Rechtshängigkeit. Auch ist die Behandlung der rechtshängigen Kompensationseinrede bei Schollmeyer beinahe die gleiche wie die hier dargelegte.

Noch ein praktisches Bedenken gegen die Rechtshängigkeit der Kompensationseinrede wird ins Feld geführt. [1])

Es müsse dem Beklagten die Möglichkeit gegeben werden, seine Gegenforderung neben der Einrede auch mittelst Klage geltend zu machen.

Denn unter Umständen könne es dem Beklagten daran liegen, möglichst bald einen vollstreckbaren Titel wegen seiner Gegenforderung zu bekommen, namentlich wenn der Kläger in schlechte Vermögensverhältnisse gerät und der Prozess über die Hauptforderung sich hinschleppt.

Auch dieser Einwand ist nicht durchgreifend. In solchen Fällen wird der Beklagte gut thun, nicht erst den Kompensationseinwand geltend zu machen, sondern sofort Klage zu erheben, wenn er glaubt, mit dieser sicherer an's Ziel zu kommen.

Er kann auch in erster Linie seine Gegenforderung mittelst Einrede und in zweiter Linie mittelst Widerklage geltend machen.

Eine Benachteiligung des Schuldners ist darin nicht zu erblicken. Denn er hat es in der Hand, den Klageweg zu wählen, einen Weg, auf dem er sicher ist, dass über seine Forderung entschieden werde.

Ferner findet Petersen [2]), falls man die Rechtshängigkeit der Kompensationseinrede annehme, eine Benachteiligung einer Partei in folgendem Fall: A hat gegen B Klage erhoben. B klagt nunmehr eine ihm gegen A zustehende Forderung

1) Vgl. Petersen, Gruchot, Bd. 31, S. 585.
2) Gruchot, Bd. 31, S. 585.

gegen diesen ein. Jetzt kann A gegen die Klage des B seinen in dem ersten Prozess gegen B erhobenen Anspruch in diesem von B gegen A angestrengten Prozess nicht mittelst Einrede geltend machen. Er ist vielmehr gezwungen, die gegen B angestrengte Klage zurückzunehmen. Die Zurücknahme ist, falls sich B auf die Klage des A eingelassen, nur mit Zustimmung des B zulässig, wird also unter Umständen verweigert. A hat in jenem zweiten Prozesse ein Interesse, schon in erster Instanz seinen Einspruch mittelst Einrede geltend zu machen, denn nach § 491 C.-P.-O. ist ihm diese Möglichkeit in der Berufungsinstanz versagt. A verliert nach Petersen somit die Möglichkeit der Kompensation. Petersen vergisst hierbei, dass § 491 C.-P.-O. dem A die Möglichkeit giebt, seinen Anspruch in der Berufungsinstanz gegen die Klage des B geltend zu machen. Denn nur dann können Kompensationseinreden nicht mehr in der Berufungsinstanz geltend gemacht werden, wenn die Partei ihren Anspruch schon früher erheben konnte. Die frühere Geltendmachung des Anspruchs des A war aber unmöglich, da er im Streit befangen war. Ist er rechtskräftig festgestellt, so kann A ihn nunmehr gegen B auch in der Berufungsinstanz geltend machen.

Eine Schädigung der Interessen irgend einer Partei ist demnach ausgeschlossen, wenn man die Rechtshängigkeit der zur Kompensation gestellten Forderung annimmt.

Die Motive halten allerdings, wenn man von der Rechtshängigkeit der Kompensationseinrede ausgeht, die Kompensation mit rechtshängigen Forderungen für angängig.

Sie sagen: [1])

„Da der Begriff, der Kompensation keineswegs fordert, der „Partei die Befugnis der Kompensation mit ihrem rechts„hängigen Anspruche zu entziehen, so ist auf Antrag die „Kompensationseinrede bis zur rechtskräftigen Entschei„dung in dem Vorprozesse auszusetzen (vergl. Norddeutsche

1) Hahn, Bd. 1, S. 259.

„Protokolle II S. 537) falls nicht das Gericht Anlass nimmt, „in analoger Anwendung des § 130 Abs. 2 den rechts- „hängigen kompensando geltend gemachten Anspruch aus „dem zweiten Prozesse herauszuwerfen".

Derselben Ansicht ist Sarwey.[1]) Dieser Auffassung der Motive stehen schwere Bedenken entgegen. Wenn die Motive meinen, der Richter könne sich in diesem Falle damit helfen, dass er den Gegenanspruch aus dem Prozess herausweise, so ist die Ansicht unrichtig, wie noch unten dargelegt werden wird.

Eine solche Herausweisung findet nicht der Art statt, dass nunmehr die Gegenforderung als überhaupt nicht vorgebracht gilt. Auch Sarwey wendet sich gegen diese namentlich von Petersen vertretene Ansicht.

Bleibt also die Gegenforderung anhängig, so bleiben immer noch zwei Prozesse nebeneinander bestehen, und der Übelstand widersprechender Entscheidungen ist nicht vermieden.

Von einer Aussetzung kann aus den oben dargelegten Gründen nicht die Rede sein.

Noch schwieriger gestaltet sich die Sachlage, wenn es sich um konnexe Gegenforderungen handelt. Trennung kann nicht erfolgen; Aussetzung auch nicht. Beide Prozesse laufen also nebeneinander her.

Verfehlt ist endlich der Einwand gegen die Rechtshängigkeit der Kompensationseinrede:[2]) Wenn man Rechtshängigkeit der Gegenforderung annehme, könne nie mit rechtskräftigen Forderungen kompensiert werden, denn dann stände der Geltendmachung einer solchen zum Zwecke der Aufrechnung der Einwand der Rechtskraft entgegen.

Der Zweck, weshalb nicht mit rechtshängigen Forderungen kompensiert werden soll, liegt darin, dass entgegengesetzte Entscheidungen vermieden werden sollen und es auch dem Kompensaten nicht zugemutet werden darf, wegen derselben Forderung zwei Prozesse zu führen.

---

1) A. a. O., S. 350.

2) Vgl. Weissmann a. a. O., S. 118, Anm. 24.

Dies fällt bei der Kompensation mit rechtskräftig festgestellten Forderungen fort. Dazu kommt, dass der Kompensant durch Erhebung der Kompensationseinrede in erster Linie Realisierung der Forderung durch Aufrechnung bezweckt, nicht Feststellung derselben.

Nur zum Zweck der Realisierung muss die Feststellung erfolgen. Steht die Forderung schon rechtskräftig fest, so kann sogleich die Realisierung vorgenommen werden.

§ 5.

Die Vorarbeiten zur Civilprozessordnung.

Vielfach und namentlich von Petersen ist die Entstehungsgeschichte der Civilprozessordnung angezogen worden, um nachzuweisen, dass die Rechtshängigkeit der Gegenforderung im gegenwärtigen Recht nicht begründet sei. Man macht geltend: [1])

In dem norddeutschen Entwurf habe ursprünglich eine Bestimmung gestanden, dass die durch Kompensationseinrede geltend gemachte Gegenforderung rechtshängig werde.

In der Kommission habe man diese Bestimmung gestrichen mit der Begründung, dass die Kompensationseinrede der Widerklage nicht gleichstehe, dass es auch freistehen müsse, die Kompensationseinrede zurückzunehmen, mehrmals anzubringen.

Es habe demnach die Kommission der Meinung Ausdruck gegeben, Geltendmachung durch Kompensationseinrede bewirke nicht Rechtshängigkeit der Gegenforderung. Der Entwurf des Preussischen Justizministers habe wieder die Rechtshängigkeit der Kompensationseinrede ausgesprochen.

In dem Entwurf der Civilprozessordnung finde sich jedoch eine solche Bestimmung nicht.

Wenn auch die Motive sich für die Rechtshängigkeit erklärten, so sei dies ohne Belang, da eine dahin gehende Bestimmung in das Gesetz nicht aufgenommen sei. Daraus folge,

---

1) Vgl. Petersen, Busch, Bd. I, S. 99.

dass die Ansicht der norddeutschen Kommission herrschend geblieben und für das Gesetz massgebend sei.

Diese Ausführung ist unrichtig.

Die Protokolle der norddeutschen Kommission ergeben nur, dass zwei Meinungen in derselben vertreten waren, die eine für, die andere gegen die Rechtshängigkeit.

Die Stelle, auf welche Petersen sich bezieht hat folgenden Wortlaut: [1])

„Der Herr Referent entwickelte hierauf, dass durch den „gefassten Beschluss die Kompensationseinrede noch nicht ge„deckt werde. Diese habe insofern ihre besondere Natur, als „der Excipient seinen Gegenanspruch zum Zwecke der Be„friedigung bis zur Höhe des gegnerischen Anspruchs verfolge.

„Es spreche in der That ein Bedürfnis dafür, die über „den Gegenanspruch ergehende Entscheidung auch ohne Re„konventionsantrag in Rechtskraft übergehen zu lassen, zu„mal wenn der Kompensationseinrede, wie vom Ausschusse „vorgeschlagen (§ 334), die Wirkung der Rechtshängigkeit „beigelegt werde. Von anderer Seite wurde die Verschieden„heit der Kompensationseinrede und der Rekonvention her„vorgehoben.

„Es sei kein Bedürfnis, die bloss versteckte Widerklage „zu schützen. Die Rechtshängigkeit des nur compensando „geltend gemachten Anspruchs unterliege, wie bereits bei „§ 334 und der entsprechenden sachlichen Beratung entwickelt „worden, den erheblichsten Bedenken. Es müsse freistehen, „den Kompensationseinwand mehrfach, wenigstens eventuell, „zu gebrauchen, wie man denselben stets beliebig zurück„ziehen könne. Jedenfalls falle derselbe schon, wenn der „Kläger unter Verzicht auf den Anspruch die Klage zurück„nehme. Letzteres wurde zwar allgemein anerkannt, auch „der von der Rechtshängigkeit durch Kompensationseinrede „handelnde § 334 des Ausschuss-Entwurfs gestrichen, wodurch

1) Protokolle, Bd. II, S. 794.

„der dortige Vorbehalt erledigt ist. Dagegen wurde auf „Antrag des Herrn Referenten beschlossen, in § 378 Abs. 1 „(statt des von einem „Ausschussmitgliede empfohlenen dritten „Absatzes) hinter „Anspruch“ die Worte aufzunehmen:

„oder über das Bestehen oder Nichtbestehen eines zum „Zwecke der Kompensation erhobenen Gegenanspruchs bis „zum Betrage des gegenüberstehenden Hauptanspruchs.“

Mit Recht hebt Wex [1]) hervor, dass aus der Thatsache, dass die Bestimmung gestrichen ist, welche die Rechtshängigkeit der durch Kompensationseinrede geltend gemachten Gegenforderung festsetzte, bei dieser Sachlage noch nicht mit Bestimmtheit gefolgert zu werden braucht, dass die Kommission sich gegen die Rechtshängigkeit entschieden hätte, dass sie vielmehr die Frage offen gelassen hat.

Für Petersen's Ansicht sprechen jedoch die Verhandlungen der Kommission in der 241. Sitzung. [2]) Zur Erörterung stand die Frage, ob auch in der Berufungsinstanz eine Kompensationseinrede geltend gemacht werden könnte. Der Referent war dagegen. Die Kommission beschloss jedoch, die Kompensationseinreden wie gewöhnliche Einreden zu behandeln.

Diesem Beschluss der Kommission stehen jedoch andere gegenüber.

So war in der 58. [3]) Sitzung die Mehrheit der Kommission der Ansicht, dass die Einrede der Litispendenz denselben Umfang habe, wie die exceptio rei judicatae, dass demnach auch die Geltendmachung mittelst Kompensationseinrede unter den Begriff der Rechtshängigkeit falle.

Auch in der 95. [4]) Sitzung wurde dieselbe Ansicht vertreten.

Man sieht daraus, dass Petersen's Ansicht unrichtig ist, die norddeutsche Kommission habe die Rechtshängigkeit der Kompensationseinrede verworfen.

1) Gruchot, Bd. 31, S. 260.
2) Protokolle, Bd. III, S. 318.
3) Protokolle, Bd. II, S. 537.
4) Protokolle, Bd. II, S. 561.

Man kann nur sagen, dass die Meinungen geschwankt haben, und deshalb die Beschlüsse widersprechend ausgefallen sind. Deshalb können die Verhandlungen der Kommission weder nach der einen noch nach der anderen Richtung als Beweisstück dienen. Aber selbst wenn man zugiebt, dass auch die norddeutsche Kommission auf dem Standpunkt gestanden hat, die Kompensationseinrede sei ein reines Verteidigungsmittel, so ist damit nichts gewonnen.

Der Entwurf des preussischen Justizministers hat die Bestimmung über die Rechtshängigkeit der Kompensationseinrede im § 229 wieder aufgenommen, obgleich den Verfassern dieses Entwurfs die Verhandlungen der norddeutschen Kommission sicher bekannt waren. [1])

Dieser § 229 ist dann umgestaltet worden zu dem jetzigen § 254 der Civilprozessordnung.

In den Motiven zu dem letzten Entwurf hätte doch bei dieser Umgestaltung des § 229 des preussischen Entwurfs zu dem § 244 des Entwurfs zur C.-P.-O. (§ 254 des Gesetzes) ausgesprochen werden müssen, dass durch diese Umwandlung die Rechtshängigkeit der Kompensationseinrede verworfen werde. Aber gerade das Gegenteil ist der Fall. Die Motive zu § 244 sprechen sich für die Rechtshängigkeit aus, und die Umwandlung des § 229 hatte ganz andere Gründe, wie noch nachgewiesen wird, Gründe, die nicht gegen, sondern für die Rechtshängigkeit der Kompensationseinrede sprechen.

Die Reichstagskommission hat die die Kompensationseinrede betreffenden Bestimmungen unverändert und ohne Debatte in das Gesetz aufgenommen.

Daraus folgt, dass sie die Ansichten der Motive zu den ihren gemacht hat. Die Ansicht Petersen's ist demnach unrichtig.

Das jetzige Gesetz beruht auf dem Reichsentwurf. Dieser ist zu erklären durch seine Motive. Sind die Bestimmungen

1) Vgl. Wex a. a. O., S. 261.

desselben debattelos angenommen, so ist die Begründung derselben als die des Gesetzgebers zu erachten.

Was die Ansicht der norddeutschen Kommission gewesen ist, kann demgegenüber nicht in Betracht kommen.

Selbst wenn sich eine Bestimmung über die Rechtshängigkeit der Kompensationseinrede nicht im Gesetze fände, so müsste man aus den Motiven heraus für die Rechtshängigkeit sich entscheiden.

Es hat aber das Gesetz die Rechtshängigkeit der Kompensationseinrede ausgesprochen, wenn auch nicht ausdrücklich, in dem § 254 des Gesetzes, dem § 244 des Entwurfs.

Die Richtigkeit der hier vertretenen Ansicht soll bei Behandlung dieses Paragraphen dargelegt werden.

§ 6.

Die Bestimmung der Civilprozessordnung.

Petersen sucht aus den Bestimmungen der Civilprozessordnung selbst darzulegen, dass durch die Kompensationseinrede Rechtshängigkeit nicht begründet werde.

Zuerst stellt er die §§ 235. 253. 254 und 293 zusammen. § 235 ist für Petersen [1]) sedes materiae.

Er bezieht sich nach Petersen auf die Klage und die Widerklage.

§ 254 bezieht sich nach Petersen [2]) auf die im § 253 behandelte Incidentfeststellungsklage und Incidentwiderklage und die gewöhnliche Widerklage.

Allerdings giebt Petersen jetzt den in seiner früheren Abhandlung festgehaltenen Standpunkt auf, [3]) dass § 254 nur über die Zeit der Rechtshängigkeit Bestimmung treffe, er gesteht zu, dass auch die Form der Erhebung durch § 254

1) Gruchot, Bd. 30, S. 20.
2) Ebenda, Bd. 31, S. 562.
3) Ebenda, Bd. 30, S. 24.

geregelt wird. Er setzt sich damit allerdings mit sich selbst in Widerspruch, da er kurz vorher ausgeführt hat, für die gewöhnliche Widerklage, d. h. diejenige, die nicht im § 253 behandelt ist, komme der § 235 in Betracht. Er sucht jedoch diesen Widerspruch dadurch zu entkräften, dass er auf § 461 verweist, nach welchem vor dem Amtsgericht eine Klage durch Vortrag in der mündlichen Verhandlung erhoben werden könne.

Er führt aus: durch den mündlichen Vortrag der Klage werde die Rechtshängigkeit des Anspruchs unzweifelhaft begründet.

Diese Rechtshängigkeit habe aber nicht in § 254 sondern im § 235 ihren Grund.

Genau so verhalte es sich mit der gewöhnlichen Widerklage; deren Rechtshängigkeit folge auch aus § 235 und nicht aus § 254. Diese Ausführung geht fehl. § 461 enthält eine festbegrenzte Ausnahme. Der Zweck der Bestimmung ist klar. Es soll eine möglichst schleunige Erledigung des Streites herbeigeführt werden. Daher wird all' der Aufschub vermieden, der mit Zustellung einer Klage und der Beobachtung der gesetzlichen Ladungsfrist verbunden ist.

Es kann diese singuläre Bestimmung nicht zur Begründung der Petersen'schen Ansicht herangezogen werden, dass die Rechtshängigkeit der Widerklage aus § 235 folge.

Dazu kommt noch, dass das Gesetz Klage und Widerklage stets auseinanderhält und nebeneinander aufführt, so im § 293. § 295. § 312 (Versäumnisurteil).

Aber selbst wenn man dies Petersen zugiebt, so folgt doch in keiner Weise daraus, dass die gewöhnliche Widerklage durch Vortrag in der mündlichen Verhandlung erhoben wird, was ja auch Petersen's Ansicht ist.

§ 235 sedes materiae bestimmt:

„durch die Erhebung der Klage wird die Rechtshängigkeit „der Streitsache begründet."

Erhoben wird die Klage nach § 230 durch Zustellung eines Schriftsatzes.

Nun kommen die Ausnahmen, nach welchen unter besonderen Bestimmungen eine Klage vor dem Amtsgericht durch Vortrag in der mündlichen Verhandlung erhoben wird. Das Gesetz stellt eine zweite Regel über die Rechtshängigkeit im § 254 auf.

Es werden demnach rechtshängig Ansprüche, die erst im Laufe des Rechtsstreits erhoben werden, mit dem Augenblick des Vorbringens in der mündlichen Verhandlung. Dieses Vorbringen ist auch die Form, durch welche die Rechtshängigkeit begründet wird.

Welcher Regel folgt also die Widerklage?

Petersen meint, ihre Rechtshängigkeit gründet sich auf § 235. Dann würde die Zustellung eines Schriftsatzes nötig sein, welcher den Erfordernissen des § 230 entspricht, um die Rechtshängigkeit der Klage zu bewirken. § 254 würde demnach sich nur auf 253 beziehen. Aber Petersen gesteht selbst zu, dass zur Begründung der Rechtshängigkeit der gewöhnlichen Widerklage der Form nach Vortrag in der mündlichen Verhandlung erforderlich ist. § 254 ist also für die gewöhnliche Widerklage massgebend. Für die gewöhnliche Widerklage — immer unter der Voraussetzung, dass § 254 nur auf die im § 253 genannten Klagen sich bezieht, — wäre keine besondere Bestimmung getroffen.

Für sie müsste die Regel der §§ 235, 230 gelten. Petersen setzt sich also mit seinen eigenen Ausführungen in Widerspruch, der auf keine Weise zu lösen ist.

Mit seiner Behauptung, § 235 sei allein für die gewöhnliche Widerklage sedes materiae, steht und fällt seine ganze Deduktion. Denn beschränkt sich § 254 nicht auf die in § 253 erwähnten Ansprüche, findet er auch auf die gewöhnliche Widerklage Anwendung, so liegt keine Veranlassung vor, den Paragraphen anders auszulegen, als sein Wortlaut ergiebt.

Es werden somit „Ansprüche“ allgemein und nicht in der Beschränkung nach § 253 rechtshängig durch Erhebung in der

mündlichen Verhandlung. Oben ist dargethan, dass auch die durch Kompensationseinrede geltend gemachte Forderung als „Anspruch“ anzusehen ist.

§ 254 findet demnach auch auf diese Anwendung.

Zur Begründung seiner Ansicht will Petersen anscheinend noch die Sprache des Gesetzes anführen, indem er hervorhebt: der im § 254 erwähnte „erhobene Anspruch“ sei nichts anderes, als der vom Kläger geltend gemachte Anspruch, der auch in dem § 230 und 293 Abs. 1 der C.-P.-O. als der „erhobene Anspruch“ bezeichnet werde.

Dass die Sprache des Gesetzes die Petersen'sche Ansicht nicht unterstützt, wird weiter unten, bei Behandlung der Reichsgerichtsentscheidungen dargelegt werden.

Petersen führt weiter aus: Wenn § 254 auf alle „Ansprüche“ Anwendung finde, so müsste auch die Retentionseinrede u. s. w. rechtshängig werden.

Es ist schon oben dargethan, dass in diesem Falle von einem „Anspruch“ nicht die Rede sein kann.

Doch es lässt sich auch aus der Entstehungsgeschichte der Civilprozessordnung nachweisen, dass thatsächlich der § 254 sich nicht nur auf die im § 253 genannten Ansprüche, sondern auch auf die Widerklage im Allgemeinen und auf die Kompensationseinrede bezieht.[1])

Nach § 251 können Verteidigungsmittel, zu denen die Prozessordnung die Einreden und die Widerklage rechnet, bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung geltend gemacht werden, auf die das Urteil ergeht.

Auch auf diesen Paragraphen bezieht sich § 254 soweit mit den dort angeführten Verteidigungsmitteln Ansprüche geltend gemacht werden.

Dies ergeben die Motive zu § 244, welche besagen:[2]) „Widerklagen und Kompensationseinreden werden nach

1) Vgl. Schollmeyer, Comp., S. 24 ff. Gruchot, Bd. 31, S. 237.
2) Hahn, Bd. I, S. 260.

„§ 241, Präjudizial-, Incidentklagen und Widerklagen nach „§ 243 nicht durch Zustellung eines Schriftsatzes, sondern „in der mündlichen Verhandlung erhoben. In Betreff der- „selben können daher die Rechtshängigkeit und deren Wir- „kungen erst mit dem Zeitpunkt eintreten, in welchem der „betreffende Anspruch in der mündlichen Verhandlung gel- „tend gemacht wird.

„Zur Vermeidung von Zweifeln hat die Konsequenz der „§ 244 im Anschluss an den norddeutschen Entwurf § 207 „ausdrücklich festgestellt".

Dazu kommt, dass der Entwurf I des Preussischen Justizministeriums von 1874 im § 229 ausdrücklich bestimmt:

„Die Rechtshängigkeit eines durch Einrede oder Widerklage „erhobenen Anspruchs tritt mit dem Zeitpunkte ein, in „welchem derselbe in der mündlichen Verhandlung geltend „gemacht wird".

Aus diesen Paragraphen ist der jetzige § 254 entstanden und wie die Motive der späteren Entwürfe ergeben, sind die Worte: „Durch Einrede oder Widerklage" nicht aus dem Grund beseitigt worden, weil durch Einrede und Widerklage keine Ansprüche geltend gemacht würden, — denn der Ausdruck „Anspruch" blieb bestehen — sondern, weil dieser Paragraph auch noch die Incidentfeststellungsklage und Incidentwiderklage umfassen sollte und die bisherige Fassung für diese keinen Raum bot.[1])

Das Ergebnis ist demnach: § 235 bestimmt nur, wann und in welcher Weise ein durch Klageerhebung geltend gemachter Anspruch rechtshängig gemacht wird. Für alle übrigen Ansprüche, zu denen auch die durch Kompensationseinrede geltend gemachte Gegenforderung gehört, trifft bezüglich der Rechtshängigkeit § 254 Bestimmung.

Die Bestimmung des Abs. 2 des § 293 der C.-P.-O. hält Petersen [2]) für eine Ausnahmebestimmung. Er meint, es sei

1) Vgl. Gaupp a. a. O., S. 293, Lippmann bei Busch, Bd. XIII, S. 136.
2) Busch, Bd. I, S. 98. Gruchot, Bd. 30. S. 21, Bd. 31, S. 565.

hier ausnahmsweise die alte Savigny'sche Theorie, dass die Elemente des Urteils in Rechtskraft übergehen, bestehen geblieben. Es habe die Entscheidung über die Kompensationseinrede keine andere Bedeutung wie die frühere Entscheidung über alle Präjudizialpunkte, so über die Retentionseinrede. Aus Zweckmässigkeitsgründen sei diese Ausnahme von dem System gemacht. Dafür spräche schon der Wortlaut des § 293. Wäre durch die Erhebung der Kompensationseinrede Rechtshängigkeit begründet worden, so wäre Absatz 2 des § 293 überflüssig gewesen. Die Bestimmung über die Entscheidung über die Kompensationseinrede würde bei der Gleichartigkeit von Kompensationseinrede und Widerklage demnach in der Bestimmung über die Entscheidung des durch Widerklage erhobenen Anspruchs enthalten sein, also die Rechtskraft schon aus Absatz 1 dieses Paragraphen folgen, der Absatz 2, der allein von der Kompensationseinrede handelt, demnach überflüssig sein.

Auch die Motive zu § 293 sprächen nicht für die Annahme der Rechtshängigkeit, aus ihnen folge nur, dass die Absicht der Parteien dahin gehe, wenn es zur Entscheidung über die Gegenforderung komme, so solle diese Entscheidung rechtskräftig sein. Daraus folge noch nicht die Rechtshängigkeit.

Alle diese Ausführungen sind unzutreffend.

Nichts spricht dafür, dass die Bestimmung, die Entscheidung über die Gegenforderung gehe in Rechtskraft über, eine Ausnahme sei, namentlich nicht der Wortlaut des § 293.

Kompensationseinrede und Widerklage sind nicht identisch [1])

1) Dass die Kompensationseinrede und Widerklage nicht identisch sind, bedarf eingentlich kaum einer Widerlegung. Die geschichtliche Entwickelung beider Rechtseinrichtungen spricht gegen diese Ansicht und namentlich auch der Wortlaut der bezüglichen Bestimmungen der Civilprozessordnung. In § 273 wird ausgesprochen, dass das Gericht über die Widerklage erkennen muss, wenn nur diese und nicht die Klage zur Entscheidung reif ist. Nach § 274 kann das Gericht über die Klageforderung erkennen, wenn diese, aber nicht die durch Einrede geltend ge-

und mit Ausnahme von Osann[1]) ist eine solche Identität von Niemand behauptet. Auch Schollmeyer steht auf dem Standpunkt, dass beide Rechtsinstitute wohl manches gemeinsame haben; aber er führt auch eine Reihe von Momenten an, in denen sich beide unterscheiden.

Da Abs. 1 des § 293 nur von Klage und Widerklage spricht, bedurfte es einer besonderen Bestimmung bezüglich der Kompensationseinrede.

Denn trotz der allgemein gehaltenen Fassung des § 254 war noch die besondere Feststellung nötig, dass über die durch Kompensationseinrede geltend gemachte Gegenforderung rechtskräftig entschieden werde, da nur dort Rechtshängigkeit besteht,

---

machte Gegenforderung zur Entscheidung reif ist. Also wenn nur die Gegenforderungen aber nicht die Klageforderung zur Entscheidung reif ist, darf im Falle des § 274 eine Vorabentscheidung (ausgenommen durch Zwischenurteil) nicht ergehen.

Im § 293 werden Klage und Widerklage zusammen im Absatz 1 behandelt. Die Kompensationseinrede getrennt in Absatz 2. Wäre thatsächlich die Kompensationseinrede eine Widerklage, so brauchte die Civilprozessordnung diese Rechtseinrichtung gar nicht zu erwähnen, oder hätte eine Bestimmung treffen müssen, dass die Kompensationseinrede wie die Widerklage zu behandeln sei. Nach Osann stecken in der Kompensationseinrede sogar 2 Widerklagen, S. 21/22, eine gerichtet auf Feststellung, eine gerichtet auf Leistung.

Osann vergisst dabei, dass dies unmöglich ist; denn wo auf Leistung geklagt werden kann, kann nicht auf Feststellung geklagt werden. (§ 231 C.-P.-O.) Verführt hat ihn der Wortlaut des Abs. 2 § 293, in welchem von dem Bestehen oder Nichtbestehen der Gegenforderung gesprochen wird und späterhin von der Aufrechnung. Er übersieht dabei, dass naturgemäss, ehe es zur Aufrechnung kommen kann, erst das Bestehen der Forderung festgestellt werden muss; dies ist aber bei jeder Klage der Fall.

Osann hat übrigens die letzten Folgerungen seiner Lehre gezogen. Er nimmt an, dass, selbst wenn die Klage zurückgenommen oder als an sich unbegründet abgewiesen ist, der Rechtsstreit bezüglich der Kompensationseinrede bestehen bleibt und über diese entschieden werden muss S. 30, S. 26. — Osann hat hierbei völlig verkannt, dass die Kompensationseinrede nur ein eventueller Rechtsbehelf ist, und dass es nicht zur Entscheidung über sie kommen kann, wenn über die Klageforderung nicht entschieden oder diese für unbegründet erklärt wird.

1) A. a. O., S. 20 ff.

wo Rechtskraftfähigkeit vorhanden ist; diese Rechtskraftfähigkeit musste demnach vom Gesetz besonders ausgesprochen werden. [1])

Die Motive zu § 293 enthalten nichts über die Frage der Rechtshängigkeit der Gegenforderung. Dies ist aber völlig überflüssig, denn in den Motiven zu § 254 (244) ist schon ausgesprochen, dass die durch Kompensationseinrede geltend gemachte Gegenforderung rechtshängig werde.

Bezüglich der Präjudizialpunkte führen die Motive aus: [2]) Dieselbe gingen an und für sich nicht in Rechtskraft über; jede der Parteien habe aber es in der Hand, wenn sie die rechtskräftige Feststellung des Rechtsverhältnisses, z. B. eines Retentionsrechtes wolle, die Incidentklage aus § 253 zu erheben.

Daraus, dass es nach dem Gesetz für die Gegenforderung einer solchen Klage nicht bedarf und sie dennoch in Rechtskraft übergeht, auch wenn sie nur mittelst Einrede geltend gemacht ist, folgt, dass dieselbe rechtshängig wird.

Der Hauptgrund gegen die Petersen'sche Annahme, dass die Kompensationseinrede reines Verteidigungsmittel ist, ist aber folgender: Absatz 2 § 293 bestimmt, dass die Entscheidung über das Bestehen und das Nichtbestehen [3]) der durch Kompensationseinrede geltend gemachten Gegenforderung in Rechtskraft übergeht. Wäre der Kompensationseinwand reines Verteidigungsmittel, so wäre nur die Feststellung des Bestehens der Gegenforderung nötig. Denn die Gegenforderung soll

---

1) Vgl. Schollmeyer, Comp. S. 21 ff.

2) Hahn, Materialien. Bd. I, S. 259.

3) Petersen geht thatsächlich bei der Behandlung dieser Frage nur von dem Fall aus, dass die Gegenforderung begründet sei; dies beweist seine Ausführung — Gruchot, Bd. 30 S. 5. Er erklärt: Wenn man annehme, dass nach § 274 C.-P.-O. die Kompensationseinrede nicht aus dem Prozess herausgewiesen werde, so komme man zu dem Ergebnis, dass falls die Kompensationseinrede durch das spätere Urteil als unbegründet verworfen werde, dieses Urteil ein Zwischenurteil sei, da ihm die Rechtskraft aus § 293 Abs. 1 fehle. Dies ist unrichtig. Auch dies Urteil ist ein Endurteil, denn nach § 293 Abs. 2 geht auch die Entscheidung über das Nichtbestehen der Gegenforderung in Rechtskraft über.

nach Petersen's Ansicht nur zum Zweck der Verteidigung vorgebracht sein. Darüber hinaus soll ja die Einrede nicht wirken.

Das Gesetz lässt aber die Gegenforderung ihrem Rechtsgrunde nach in Rechtskraft übergehen. Ist die Gegenforderung für unbegründet erklärt, so kann sie nicht noch einmal geltend gemacht werden. Der Gegner hat dann die exceptio rei judicatae.

Die Gegenforderung verliert demnach nicht blos ihre Verteidigungskraft, sondern auch ihre Angriffskraft für die Zukunft.[1])

Letzteres wäre unmöglich, wenn die Kompensationseinrede ein reines Verteidigungsmittel wäre.

Da aber der Rechtsgrund der Gegenforderung rechtskräftig entschieden wird, so muss die Gegenforderung vorher Streitgegenstand gewesen sein. Es folgt also auch hieraus, dass die mittelst Einrede geltend gemachte Gegenforderung rechtshängig wird.

Die Bestimmung des § 293 Abs. 2 ist nicht aus Zweckmässigkeitsgründen in das Gesetz eingefügt, sondern folgt mit Notwendigkeit aus dem Wesen der Kompensationseinrede. Denn mit Erhebung der Kompensationseinrede verlangt der Kompensant, wie Wach [2]) zutreffend hervorhebt, nicht nur Feststellung des Bestehens seiner Gegenforderung, sondern auch Realisierung durch Aufrechnung.

Diese Realisierung, die eine Art der Vollstreckung ist, wird von dem Richter vorgenommen.

Der Richter muss deshalb das Bestehen der Forderung rechtskräftig feststellen, um die Aufrechnung vornehmen zu können, und ebenso das Nichtbestehen rechtskräftig feststellen, um die Vollstreckung der Klageforderung zu ermöglichen und zu verhindern, dass der Kompensant noch einmal die Geltendmachung einer Forderung versuche, nachdem durch richterliche Entscheidung festgestellt ist, dass diese Forderung nicht zu Recht bestehe. [3])

1) Vgl. Lippmann bei Busch, Bd. XIII, S. 101 ff, Schollmeyer bei Gruchot, Bd. 31, S. 238.

2) Vorträge, S. 105.

3) Vgl. Lippmann bei Busch, Bd. XIII, S. 102.

Im Anschluss an § 293 ist hier der Ort, einer Ansicht Erwähnung zu thun, welche wohl jetzt allgemein aufgegeben ist. Petersen[1]) hatte in seiner ersten Abhandlung gelehrt, dass die Kompensationsforderung zwar nicht von Anfang an, wohl aber mit dem Augenblick rechtshängig werde, in dem ein Urteil über sie erlassen sei. Denn nunmehr sei eine richterliche Entscheidung bezüglich ihrer ergangen, und wenn auch diese Entscheidung noch umgestossen werden könne, so sei doch nunmehr der Richter mit der Gegenforderung befasst: dieselbe sei also Streitgegenstand geworden. Dieser Ansicht hat sich Bülow[2]) angeschlossen.

Aber diese Ansicht ist entschieden unrichtig. Diejenigen, welche diese Ansicht verteidigen, treten mit sich selbst in Widerspruch.

Denn, wird die Gegenforderung deshalb Streitgegenstand, weil es nunmehr feststeht, dass sich der Richter mit ihm beschäftigen muss, ist also dies Voraussetzung der Rechtshängigkeit, so ist die Gegenforderung auch dann rechtshängig, wenn der Beklagte den Klageanspruch anerkennt, ihm aber eine konnexe Gegenforderung entgegenstellt. Denn dann muss der Richter über die Gegenforderung entscheiden. Dass aber die Geltendmachung einer konnexen Gegenforderung andere Rechtsfolgen hat, wie die Geltendmachung einer nicht konnexen, dafür ist im Gesetz nicht der geringste Anhalt gegeben.

Das Urteil, d. h. der Spruch des Richters selbst, führt eine Veränderung der rechtlichen Natur des Streitgegenstandes an sich nicht herbei. Erst, wenn es feststeht, dass dieser Spruch unveränderlich ist, erst mit diesem Augenblick wird der bisher bestrittene Anspruch zu einem unbestrittenen, oder es wird der Anspruch als unbegründet hingestellt.

Solange die Möglichkeit einer Abänderung noch vorhanden ist, ist dieser Urteilsspruch nur ein Glied in der Reihe der

---

1) Busch, Bd. I. S. 98, Bd. IV, S. 299, Gruchot, Bd. 30, S. 23.
2) A. a. O., S. 215. Nro. 2.

Ereignisse, welche zu jenem Ziele hinführen. Petersen hat dann auch diesen Widerspruch erkannt und in neuester Zeit, wie oben dargethan, diese Rechtshängigkeit verworfen.

Seine Lehre hat damit unzweifelhaft an Folgerichtigkeit gewonnen.

Bezüglich der §§ 136 Abs. 2, 274, 491 bekennt Petersen [1]) selbst, dass sie seiner Ansicht entgegenstehen.

Er beseitigt den § 136 Abs. 2 mit der Ausführung, derselbe habe im Gegensatz zum Abs. 1, welcher den Prozessstoff übersichtlicher gestalten wolle, den Zweck, Prozessverschleppungen durch Erhebung weitaus schauender Gegenansprüche entgegen zutreten, er könne nicht als Beweis mit für die Rechtshängigkeit der Kompensationseinrede angezogen werden; denn hier werde nicht von der Rechtshängigkeit gesprochen.

Der § 274 hat nach seiner Ansicht eine falsche Fassung erhalten. Er müsste statt des Ausdrucks: „Teilurteil", den Ausdruck: „Endurteil" enthalten, § 136 und 274 ergänzen einander.

Bei beiden würde die Gegenforderung aus dem Prozesse herausgewiesen. Von § 491 giebt Petersen direkt zu, dass dieser Paragraph für die gegnerische Ansicht spricht.

Die §§ 274 und 491 Abs. 2 könnten aber nicht allein die Grundlage eines Systems bilden, nach welchem durch die Kompensationseinrede Rechtshängigkeit der geltend gemachten Gegenforderung bewirkt werde.

Gewiss ist es richtig, § 274 und 491 Abs. 2 können allein für die hier vertretene Ansicht nicht entscheidend sein.

Aber es ist Folgendes zu erwägen: Wenn die bisher behandelten Gesetzesbestimmungen es zweifelhaft lassen sollten, ob nach der Vorschrift der Civilprozessordnung die Erhebung der Kompensationseinrede Rechtshängigkeit bewirke, so sind jene Paragraphen jedoch als Beweismomente dafür zu betrachten, dass nach dem Geiste der Civilprozessordnung die-

1) Gruchot, Bd. 31, S. 578.

jenigen Bestimmungen, die von der Kompensationseinrede handeln, als ein einheitliches systematisches Ganze aufzufassen sind, und dass auch aus der Fassung jener — wenn man so sagen kann — sekundären Bestimmungen der Schluss zu ziehen ist, dass nach dem System die Rechtshängigkeit der mittelst Einrede geltend gemachten Gegenforderung begründet ist. Dies ergiebt die Untersuchung der einzelnen Gesetzesbestimmungen.

In § 136 Abs. 2 werden Widerklage und Kompensationseinrede in der prozessualen Behandlung einander völlig gleichgestellt.

Es wird unten darzuthun sein, dass in dieser Bestimmung von einem Herausweisen der Gegenforderung aus dem Prozess, was Petersen behauptet, nicht die Rede ist.

Aber selbst wenn diese Petersen'sche Ansicht richtig wäre, könnte sie nicht gegen die Rechtshängigkeit verwendet werden. Denn, solange die Trennung nicht ausgesprochen ist, bleibt die Widerklage rechtshängig und ebenso die Kompensationseinrede; denn die Behandlung beider ist eine gleiche.

§ 274 erklärt, es könne, wenn dem Klageanspruch eine Gegenforderung entgegengestellt sei, über die Klageforderung vorweg erkannt werden, wenn diese zur Entscheidung reif ist. Die Entscheidung ist ein Teilurteil. Ein Teilurteil wird aber nur erlassen, wenn ein Teil des Rechtsstreits zur Entscheidung reif ist; es folgt daraus, dass der Streit über die Gegenforderung einen Teil des Rechtsstreits bildet, diese demnach Streitgegenstand ist.[1])

Unbegründet ist auch Petersen's Ansicht, nur aus Versehen sei der Ausdruck „Teilurteil" im § 274 stehen geblieben. Da in der Kommission die Frage der Rechtshängigkeit der mittelst Kompensationseinrede geltend gemachten Gegenforderung nicht erörtert ist, und alle betreffenden Bestimmungen des Entwurfs unverändert in das Gesetz aufgenommen sind, so

1) Vgl. Schollmeyer, Comp. S. 92, Gruchot, Bd. 31, S. 216, 234, Wex a. a. O., S. 257.

ist anzunehmen, dass die Ansicht der Kommission mit den Motiven übereinstimmt. Es liegt demnach kein Fehler des Gesetzes vor. Der Gesetzgeber hat vielmehr den einzig richtigen Ausdruck gewählt. Man kann dem nicht entgegenhalten: nur über die Klageforderung könne vorweg entschieden werden, nicht über die Gegenforderung, und dieses spräche gegen die Rechtshängigkeit der letzteren. Dass das Gesetz diese Bestimmung getroffen hat, hat seinen guten Grund.

Der kompensierende Beklagte verlangt nicht Erfüllung, sondern eine Aufrechnung, und es muss daher zuerst festgestellt werden, dass Aufrechnung überhaupt möglich ist, d. h. dass die Klageforderung besteht. Würde über die Gegenforderung vorab entschieden werden, so würde, falls das Urteil nur auf Feststellung derselben lautete, dasselbe zu wenig geben, da, wie schon dargethan, der Kompensant nicht Feststellung seiner Forderung, sondern Aufrechnung verlangt, falls es den Kläger zur Leistung verurteilte, zu viel dem Beklagten zusprechen. [1])

Am deutlichsten spricht für die hier vertretene Auffassung § 491 Abs. 2. Hier ist mit klaren Worten ausgesprochen, dass mit der Kompensationseinrede ein Anspruch geltend wird, hier ist die Kompensationseinrede der Widerklage wenn auch nicht völlig gleichgestellt, so doch näher gerückt. Ein blosses Verteidigungsmittel ist die Kompensationseinrede nicht, denn diese können unbeschränkt in der Berufungsinstanz geltend gemacht werden; der Angriffscharakter der Kompensationseinrede kommt hier klar zum Ausdruck.

Diese Bestimmung lässt sich nicht mit der Ausführung

---

1) Schollmeyer, Compensation S. 23, Anm. 1 steht allerdings auf dem Standpunkt, auch über die Gegenforderung könne ein Teilurteil ergehen, wenn diese zur Entscheidung reif sei, die Klageforderung noch nicht. Er folgert dies aus dem Sinne des § 274.

Dies ist unrichtig; der Wortlaut des Gesetzes, der ausdrücklich nur ein Teilurteil über den Klageanspruch zulässt, spricht dagegen.

beseitigen, sie sei ein Zeichen für die nicht durchgeführte Systematisierung des Gesetzes.

Die Entstehung dieser Bestimmung spricht dagegen. Die Kommission zur Beratung des norddeutschen Entwurfs hatte beschlossen, die Kompensationseinrede wie einen gewöhnlichen Einwand zu behandeln. [1])

Der Grund war der, dass die Mehrheit der Kommission verneinte, dass durch die Erhebung der Kompensationseinrede die Gegenforderung rechtshängig werde. Es lautet demnach § 768 des norddeutschen Entwurfs: [2])

„Neue Ansprüche dürfen in der Berufungsinstanz nur zum „Zwecke der Kompensation erhoben werden."

Diese Bestimmung ist demnach in dem der Civilprozessordnung zu Grunde liegenden Entwurf abgeändert und die Kompensationseinrede der Widerklage zur Seite gestellt worden.

Die Motive begründen die nunmehr Gesetz gewordene Bestimmung damit, dass sie ausführen: [3])

„Den Gegensatz zum neuen Vorbringen (§ 470 Abs. 1) bilden „neue Ansprüche (nouvelles demandes, code de proc art. 464); „diese letzteren schliesst der § 470 Abs. 2 aus den zu „§§ 466 ff. erörterten Erwägungen grundsätzlich aus, weil „der Streitgegenstand der Berufung durch die erste Instanz „fixiert ist und das Rechtsmittel sich gegen die in dieser „Instanz erlassene Entscheidung richtet. Als neue Ansprüche „betrachtet der Entwurf nicht die im § 232 Nr. 2, 3 be„zeichneten Änderungen, der Entwurf modifiziert den Grund„satz in betreff der Kompensationsforderung, jedoch über„einstimmend mit Hannover § 417 Nr. 1, Württemberg „Art. 709, Bayern Art. 706, hannov. Entwurf § 585 und „sächs. Entwurf § 999 nur unter der Bedingung der In„cidentrestitution, um das Verfahren gegen Verschleppungen

1) Protokolle, Bd. III, S. 1519 u. E.
2) Protokolle, Bd. III, S. 1921.
3) Hahn, a. a. O., Bd. I, S. 356.

„durch simulierte oder schuldbar zurückgehaltene Kompen-
„sationsforderungen sicher zu stellen.

„Die Erhebung einer Widerklage ist in der Berufungs-
„instanz nicht zulässig (Leonhard, die bürgerliche Prozess-
„ordnung § 417 Note, norddeutsche Protokolle III S. 1517".

Aus diesen Ausführungen geht hervor, dass die Motive die mit der Kompensationseinrede geltend gemachte Forderung als einen „Anspruch" ansehen.

Auch folgt aus der Thatsache, dass die Kommission die Bestimmung des Entwurfs unverändert in das Gesetz aufgenommen hat, dass sie sich für die Rechtshängigkeit der Gegenforderung erklärt hat.

Von jedem modernen Gesetzbuch ist anzunehmen, dass sein Aufbau auf einem System beruht, und dass sich die einzelnen Bestimmungen organisch vereinigen lassen. Unzweifelhaft werden alle „Ansprüche", welche in dem Prozess erhoben waren, rechtshängig.

Folgt man der Ansicht, die Petersen und seine Anhänger vertreten, so gelangt man dazu, eine Reihe von Gesetzesbestimmungen als systemwidrig anzusehen.

Nimmt man dagegen an, dass mit der Kompensationseinrede ein Anspruch im Sinne des Gesetzes erhoben wird, dann lassen sich alle Bestimmungen des Gesetzes, welche von der Kompensationseinrede handeln, zu einem organischen Ganzen zusammenfügen.

§ 7.

Die Grundsätze des Reichsgerichts.

Auch das Reichsgericht hat sich mehrfach mit der Frage befasst, ob durch Erhebung der Kompensationseinrede Rechtshängigkeit der mit derselben geltend gemachten Forderung erzeugt werde oder nicht.

Wo das Reichsgericht über diese Frage direkt zu entscheiden hatte, hat es durchgängig die Rechtshängigkeit verneint.

Die in den verschiedenen Entscheidungen für die Ansicht des Reichsgerichts angeführten Gründe sind jedoch keineswegs übereinstimmend und sind auch nicht überzeugend.

Der II. Civilsenat steht in seinen Entscheidungen vom 14. März 1882 und vom 11. Mai 1886 [1]) auf dem Standpunkte: die Kompensationseinrede ist ein reines Verteidigungsmittel. Dies wird namentlich in dem letztgedachten Urteil ausgeführt, welches sich ausführlich über die Frage verbreitet.

Mit Petersen nimmt der II. Civilsenat an, nur § 235 C.-P.-O. sei sedes materiae. Derselbe gelte sowohl für Klage wie für die Widerklage, denn auch bei der Widerklage gehe der Beklagte über die Verteidigung hinaus und stelle selbstständige über die Bekämpfung der Klage hinausgehende Anträge.

Dies ist nicht stichhaltig. Die Auffassung, durch Erhebung der Kompensationseinrede werde nicht Rechtshängigkeit der Gegenforderung erzeugt, kann nur darauf gestützt werden, dass die Kompensationseinrede reines Verteidigungsmittel ist. Dies muss bewiesen werden. Das Reichsgericht macht jedoch diese erst zu beweisende Behauptung zur Voraussetzung seiner Entscheidung.

Denn das kann wohl nicht gut angenommen werden, dass es den Unterschied zwischen der Kompensationseinrede und der Widerklage darin sieht, dass bei der letzteren ein besonderer auf Verurteilung des Klägers gerichteter Antrag gestellt wird, bei ersterer nicht.

Dieser Grund wäre doch zu formalistisch, dass ein Angriff allein durch einen selbstständigen über die Bekämpfung der Klage hinausgehenden Antrag kenntlich gemacht werden müsse, der nicht allein Abweisung des Klägers verlangt.

Nicht der Antrag entscheidet über den Charakter des Rechtsbehelfs, sondern das Vorbringen der Partei. Dass § 235 a. a. O. auf die Widerklage nicht Anwendung findet, ist schon oben nachgewiesen.

---

1) Entscheid. Bd. 6, S. 423 ff; Bd. 16, S. 372 ff.

Das Reichsgericht schliesst sich in der weiteren Begründung seines Urteils der Petersen'schen Ansicht an, die bereits dargelegt ist.

Der III. Civilsenat geht in seinem Urteil vom 20. Mai 1887 [1]) davon aus: allerdings sei es richtig, dass derjenige, der die Kompensation als Einrede vorbringe, damit eine Gegenforderung, also einen Anspruch geltend macht, aber er erhebe einen Anspruch nicht, sondern bekämpfe einen Anspruch. Prozessualisch sei beides überaus verschieden. Der Excipient verlange nicht Verurteilung des Klägers, sondern Abweisung der Klage, er mache den Gegenanspruch nur bis zum Betrage der Klageforderung geltend, er stelle ihn nur eventuell auf.

Dieser prozessuale Gesichtspunkt sei für die Gesetzgeber massgebend gewesen. Das ergebe schon der Sprachgebrauch. Das Reichsgericht sagt wörtlich:

„Laut der Civilprozessordnung wird ein Anspruch durch „Klage erhoben. (§ 235.) Er kann auch durch Klage„erweiterung und Widerklage erhoben werden. (§ 253, 467.)

„Mit der Einrede der Kompensation wird ein Anspruch „vorgebracht (§ 136) oder geltend gemacht (§ 274, 293 vgl. „315 Ziff. 1). So wird man auch den § 254 nicht von „einem mittelst Einrede geltend gemachten compensandum, „sondern nur von Ansprüchen zu verstehen haben, welche „im Laufe des Prozesses durch Klageerweiterung oder durch „Widerklage erhoben werden".

Die Civilprozessordnung kennt aber diesen feinen Unterschied nicht. § 33 lautet: „Bei dem Gericht der Klage kann „eine Widerklage erhoben werden, wenn der Gegenanspruch „mit dem in der Klage geltend gemachten Anspruch . . . „. . . . in Zusammenhang steht". § 136, auf den sich das Reichsgericht bezieht, sagt: „Dasselbe gilt, wenn der Beklagte „eine Gegenforderung vorgebracht hat, welche mit der in der „Klage geltend gemachten Forderung . . . . ."

1) Entsch. Bd. 18: S. 408.

§ 274 erklärt:

„Ist . . . . . mittelst Einrede eine Gegenforderung geltend, „welche mit der in der Klage geltend gemachten For- „derung . . . . . "

§ 315 ist nicht zu verwerten. Die betreffende Stelle lautet: „In dem . . . . . Verfahren ist festzustellen:

„1. welche Ansprüche erhoben und welche Angriffs- und „Verteidigungsmittel geltend gemacht werden".

Das Gesetz sagt damit, es ist festzustellen:

1. welche Ansprüche die Parteien erheben
2. und in welcher Form sie dies thun.

Zu den Verteidigungsmitteln rechnet das Gesetz auch die Widerklage (§ 251). Und dass durch Geltendmachung einer Widerklage ein Anspruch erhoben wird, sagt das Reichsgericht selbst.

Nach § 491 wird aber ausdrücklich durch Kompensationseinrede ein Anspruch erhoben.

Der Sprachgebrauch ist also in keiner Weise gegen die Rechtshängigkeit zu verwerten.

Die sonstigen Ausführungen dieses Urteils, welche sich Petersen's Lehre anschliessen, sind schon oben eingehend behandelt.

Der I. Civilsenat spricht dagegen in seinem Urteil vom 21./24. Oktober 1891 [1]) folgendes aus: „Bei der Kompensation stehen wechselseitige Forderungen einander gegenüber; die Einrede der Kompensation ist nicht die Einrede der Zahlung, sondern Geltendmachung des Rechts, die Klageforderung durch die Kompensationsforderung zu zahlen. Und indem der beklagte Gläubiger das Recht geltend macht, fordert er zugleich Zahlung seiner eigenen Forderung gegen den klagenden Gläubiger durch die Aufrechnung. Damit verliert die Kompensationseinrede nicht das Wesen der Einrede und des Verteidigungsmittels, aber es ergiebt sich daraus, dass in diesem

1) Entsch. Bd. 28, S. 418.

Falle Streitgegenstand nicht nur die Klageforderung, sondern auch die Kompensationsforderung und Leistung beider Forderungen ist.

Grade hiermit steht die Vorschrift des § 293 Abs. 2 C.-P.-O. betreffend die Rechtskraft der Entscheidung über die einredeweise geltend gemachte Gegenforderung im Zusammenhange."

Der Senat entscheidet hier nicht direkt die Frage der Rechtshängigkeit, er spricht nur aus, dass durch § 274 ein wirkliches Teilurteil vorgesehen und der Rechtsstreit bezüglich der Gegenforderung anhängig bleibe, weil dieser ein Teil des Streitgegenstandes sei.

Jedoch aus seiner Ausführung ist zu entnehmen, dass er für die Rechtshängigkeit ist.

Dafür spricht namentlich die Hervorhebung des Moments, dass die mit der Kompensationseinrede geltend gemachte Gegenforderung Streitgegenstand ist. Ist ein Anspruch Gegenstand des Rechtsstreits, so dass rechtskräftig über ihn entschieden wird (§ 293), so folgt daraus, dass dieser Anspruch rechtshängig ist; denn wie schon Petersen hervorgehoben hat, wird nur der Streitgegenstand rechtshängig.

Für diese Ansicht des I. Senats spricht die Heranziehung des § 293 C.-P.-O. und die Bezugnahme auf Planck, welcher auch den hier geltend gemachten Standpunkt vertritt.

In einer späteren Entscheidung führt der I. Civil-Senat aus: [1]) Die §§ 139, 274, 293 scheinen der Ansicht, dass eine Kompensationseinrede rechtshängig werde, eine gewisse Stütze zu verleihen.

Dagegen hat derselbe Senat in einer neueren Entscheidung [2]) allerdings nur beiläufig ausgeführt, durch Geltendmachung einer Kompensationseinrede werde nicht ein Anspruch erhoben, sondern abgewehrt.

1) Urteil vom 12. Januar 1895. Jur. W. für 95 S. 81/82, Nro. 1.

2) Urteil vom 27. November 1895. Jur. W. für 96 S. 32, Nro. 9.

Diese Entscheidungen des Reichsgerichts sind hier zusammengestellt, um zu zeigen, wie widerspruchsvoll die Judikatur des höchsten Gerichtshofes in dieser Frage ist.

Die Begründung der Ansicht des Reichsgerichts ist eine wechselnde, die in dem einen Erkenntnis aufhebt, was sie in dem anderen festgestellt hat. Dennoch lässt sich ein Fortschritt gar nicht verkennen zu der Ansicht, dass durch die Kompensationseinrede Rechtshängigkeit der Gegenforderung begründet werde.

Zuerst ist für das Reichsgericht die Kompensationseinrede reines Verteidigungsmittel. Dann giebt es zu, dass mit ihr ein „Anspruch“ und zwar ein solcher im Sinne der Prozessordnung geltend gemacht werden könne, zuletzt ist ihm die Gegenforderung, wenn sie mittelst Einrede erhoben wird, Streitgegenstand. Den letzten Schritt, unter Aufhebung der früheren Entscheidungen die Rechtshängigkeit der Gegenforderung festzustellen, hat das Reichsgericht noch nicht gethan.

In dem Plenarbeschluss vom 10. April 1893 über die später zu besprechende prozessuale Behandlung der Gegenforderung haben die vereinigten Civilsenate die Entscheidung dieser Frage absichtlich offen gelassen, indem sie ausführen, zu der von ihnen getroffenen Entscheidung könne man auch kommen, wenn man die Rechtshängigkeit verneine.[1])

Es steht aber zu hoffen, dass bald die Frage der Rechtshängigkeit der durch Kompensationseinrede erhobenen Gegenforderung wiederum zur Entscheidung komme und dass das Plenum auf dem einmal betretenen Wege fortschreitend sich für die Rechtshängigkeit entscheiden wird.

Allerdings die Gesetzgebung scheint auf dem entgegengesetzten Standpunkt zu stehen.

Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs und zwar sowohl der erste wie der zweite Entwurf enthalten keine ausdrückliche Bestimmung.

1) Entsch. Bd. 31, S. 5.

Aber die Motive zu dem ersten Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs zu § 283 führen aus, dass die Kompensation wie eine Zahlung wirke. Es scheint demnach die Kommission für die Ausarbeitung des Entwurfs sich der Ansicht derjenigen Schriftsteller angeschlossen zu haben, welche die Rechtshängigkeit der Kompensationseinrede verneinen.

Da eine Revision der Civilprozessordnung anlässlich der Einführung des bürgerlichen Gesetzbuchs in Aussicht genommen ist, so wäre es sehr erwünscht, dass durch eine unzweideutige Bestimmung die so überaus streitige Frage der Rechtshängigkeit der Kompensationseinrede entschieden werde. *)

II.

Die Behandlung der Kompensationseinrede nach der Trennung.

§ 8.

Stand des Streites.

Die zweite Frage, welche zu einem Widerstreit der Meinung geführt hat, ist die: Wie ist die prozessuale Behandlung der Kompensationseinrede, wenn das Gericht von den in den §§ 136 und 274 C.-P.-O. gegebenen Befugnissen Gebrauch

*) Es soll nicht verkannt werden, dass die in der Anlage II der Denkschrift zum Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs vorgeschlagenen Änderungen der Civilprozessordnung, soweit sie sich auf die hier behandelte Frage beziehen, den Schluss zulassen, dass nach der Absicht des Gesetzgebers künftighin die mit einer Kompensationseinrede geltend gemachte Gegenforderung nicht rechtshängig wird.

Namentlich spricht für diese Auffassung die vorgeschlagene Änderung des § 274 C.-P.-O. nach welchem in Zukunft über die Klageforderung nicht mehr ein Teilurteil, sondern ein Endurteil unter Vorbehalt der Kompensationseinrede ergehen soll, ferner die beabsichtigte Änderung des § 491 C.-P.-O., nach welchem die in zweiter Instanz vorgebrachte Kompensationseinrede zurückzuweisen ist und in diesem Falle gleichfalls ein Urteil unter Vorbehalt der Kompensationseinrede zu erlassen ist. Es wird des Näheren auf die beachtenswerten Ausführungen von Geib in Buschs Zeitschrift Bd. 22, S. 527 ff. verwiesen.

macht, d. h. welche Befugnisse geben die erwähnten Gesetzesbestimmungen dem Gericht? Diese Frage hat zu einer Lösung, die aus dem Gesetz selbst hervorgeht, nicht geführt.

Die eine Richtung vertritt den Standpunkt, dass die nicht konnexe Gegenforderung aus dem Prozess herausgewiesen wird, so dass der Prozess nur über die Klageforderung geführt, und es dem Beklagten anheim gestellt wird, bezüglich seiner Gegenforderung eine selbständige Klage anzustrengen.

Andere behaupten, die Gegenforderung werde nicht aus dem Prozess herausgewiesen, der Streit über dieselbe bleibe anhängig, und es werde durch das endgiltige Urteil über die Klage entschieden, allerdings unter Berücksichtigung der Gegenforderung; jedoch drehe sich insofern die Prozessführung um, als in dem Prozess, soweit er über die Gegenforderung geführt werde, der bisherige Beklagte, d. h. der Kompensant, die Rolle des Klägers zu übernehmen, da er ja nunmehr die Rechtsbeständigkeit seiner Forderung zu beweisen habe.

Die dritte Ansicht besagt: es wird nicht die Gegenforderung als solche aus dem Prozess ausgeschieden, sondern die Einrede. Bezüglich dieser Einrede wird der Prozess weiter geführt; da es sich nur um eine Einrede handelt, tritt ein Wechsel in den Parteirollen nicht ein. Es sind die Bestimmungen der §§ 502. 562 C.-P.-O. analog anzuwenden; das Urteil über die Klageforderung ergeht demnach unter Vorbehalt der Einrede der Gegenforderung. Erst das über diese Einrede erlassene Urteil trifft die endgiltige Entscheidung.

Bei Beleuchtung dieser drei Ansichten kommen in Betracht die §§ 136, 274 C.-P.-O., welche lauten:

> § 136. „Das Gericht kann anordnen, dass mehrere in einer Klage erhobene Ansprüche in getrennten Prozessen verhandelt werden.
>
> Dasselbe gilt, wenn der Beklagte eine Gegenforderung vorgebracht hat, welche mit der in der Klage geltend gemachten Forderung nicht in rechtlichem Zusammenhange steht.“

§ 274. „Ist von dem Beklagten mittelst Einrede eine Gegenforderung geltend gemacht, welche mit der in der Klage geltend gemachten Forderung nicht im rechtlichen Zusammenhange steht, so kann, wenn nur die Verhandlung über die Forderung zur Entscheidung reif ist, diese unter Trennung der Verhandlungen durch Teilurteil erfolgen."

Von diesen spricht der § 136 für die Ansicht derer, welche behaupten, dass die Kompensationseinrede aus dem Rechtsstreit herausgewiesen wird, § 274 für die entgegengesetzte Ansicht.

§ 9.

Erste Ansicht:

Das Gesetz weist die Kompensationseinrede aus dem Prozess heraus.

Der Ansicht, dass durch die gedachten Bestimmungen eine Herausverweisung aus dem Prozess erfolge, sind hauptsächlich die Anhänger derjenigen Meinung, nach welcher die durch Einrede geltend gemachte Gegenforderung nicht rechtshängig wird. [1])

Aber auch Lippmann [2]) der allerdings nur eine materielle nicht eine prozessuale Rechtshängigkeit der durch die Einrede erhobenen Gegenforderung annimmt, ist derselben Ansicht.

Die Anhänger dieser Ansicht führen zuerst den Wortlaut des Abs. 1 des § 136 ins Feld. Dieser spricht von der Verhandlung mehrerer Ansprüche in getrennten Prozessen. [3])

---

1) So Bülow, Kommentar (S. 91, Anm. 7), Seuffert (Kommentar S. 180, Anm. 5 S. 361 Anm. 3) Förster (Kommentar Bd. I S. 229c S. 494 Anm.). Von dem Reichsgericht haben der II. Civilsenat in dem Urteil vom 11. Mai 1886 (Entschdg. Bd. 16 S. 372 und der V. Civilsenat in dem Urteil vom 10. November 1892 (Jur. Wochenschrift für 1893 S. 14 Nr. 7 sich dieser Ansicht angeschlossen.

2) Bei Busch, Bd. XIII, S. 137 ff.

3) Petersen, Busch, Bd. IV, S. 303, Gruchot, Bd. 30, S. 9, Commentar, S. 318, Nro. 12 ff., Seuffert a. a. O., S. 181, Bülow a. a. O. S. 91, Nr. 7.

Es folgt daraus für sie, dass jeder der Ansprüche in einem gesonderten Prozess unabhängig von dem in dem anderen Prozess geltend gemachten Anspruch verfolgt wird. Da für die Behandlung nicht konnexer Gegenforderungen dasselbe gelte, wie für die Behandlung mehrerer Klageansprüche, so müsse auch hier eine Trennung in verschiedene Prozesse erfolgen.

Es würden also die Gegenforderungen aus dem Prozess herausgewiesen. Die Widerklage bleibe natürlich bestehen, da sie bereits erhoben sei, aber die Kompensationseinrede falle zusammen. Denn über die Einrede als solche könne ein besonderer Prozess nicht geführt werden. Hätte das Gesetz bloss eine Trennung der Verhandlungen gewollt, so hätte es die Kompensationseinrede unter den § 137 gestellt, in welchem eine Trennung der Verhandlung für Angriffs- und Verteidigungsmittel angeordnet sei.

Ausserdem komme für diese Ansicht in Betracht, dass die mittelst Kompensationseinrede geltend gemachte Gegenforderung nicht rechtshängig werde.[1]) Die Trennung der Prozesse nach § 136 bedeute demnach eine Hinausweisung der Gegenforderung aus dem Prozess. Denn nunmehr müsse der Kompensant seine Forderung mittelst Klage geltend machen. Damit gehe der Beklagte allerdings seines Kompensationsrechtes verlustig. Die Civilprozessordnung greife damit unzweifelhaft tief in das materielle Kompensationsrecht ein, aber dieser Eingriff sei direkt gewollt. Denn dieser Paragraph sei zum Ersatz der Bestimmungen gegeben, welche die Hinausweisung illiquider Gegenforderungen aus dem Prozess bezweckten, damit die Durchführung des Klageanspruchs durch Gegenforderungen, welche zum Zweck der Chikane erhoben würden, verzögert werde.

Der Wortlaut des § 274 ist den Anhängern dieser Ansicht allerdings im Wege.

Diese Schwierigkeit wird von ihnen aber dadurch besei-

1) Vgl. Petersen, Gruchot, Bd. 30, S. 12.

tigt, dass sie behaupten, der Text des Gesetzes sei inkorrekt. § 274 sei die notwendige Ergänzung des § 136 Abs. 2.

Auch hier seien dieselben Gründe massgebend wie bei § 136.

Der Ausdruck „Teilurteil", den das Gesetz gebraucht, sei ein falscher; richtiger müsste der Ausdruck „Endurteil" in dem Paragraphen stehen; denn der Rechtsstreit über die Klage werde beendet, die Gegenforderung dagegen aus dem Prozess herausgewiesen. [1])

Der Ausdruck „Teilurteil" sei aus den früheren Entwürfen, namentlich dem Entwurf des preussischen Justizministers übernommen, in denen die Rechtshängigkeit der Gegenforderung bestimmt gewesen sei, und stehen geblieben, obgleich in dem Gesetz die Rechtshängigkeit der Gegenforderung verneint sei. [2])

Diese Ausführungen sind unzutreffend. Der hier vorgetragenen Lehre widerspricht der Wortlaut des Gesetzes. Das Gesetz spricht vom Verhandeln in getrennten Prozessen nicht aber vom Nichtverhandeln eines Teils des ursprünglichen Rechtsstreits. [3])

Es soll dasselbe Gericht über die Gegenforderung verhandeln, welches über die Klageforderung verhandelt. Das ist bei der Widerklage unzweifelhaft der Fall, und da auch nach Petersen's Ansicht unter Geltendmachung einer Gegenforderung, sowohl die Geltendmachung einer Widerklage, als die der Kompensationseinrede verstanden ist, so folgt daraus, dass beide gleich zu behandeln sind. Denn sonst hätte das Gesetz auch ausdrücklich einen Unterschied in der Behandlung der Widerklage und Kompensationseinrede ausgesprochen und sie nicht in dasselbe Wort zusammengefasst.

Aus § 136 ist ein Hinausverweisen der Gegenforderung aus dem Prozess nicht zu folgern. Der Kompensant braucht

---

1) Petersen, Gruchot, Bd. 30, S. 25, Bd. 31, S. 578.
2) Lippmann, Busch, Bd. XIII, S. 140 ff.
3) Wex, a. a. O., S. 264, Nro. 2, Kohler a. a. O., S. 53.

keine neue Klage anzustrengen vor einem Gericht, das mit dem der Klage vielleicht nicht identisch ist. Von § 137 unterscheidet sich § 136 dadurch, dass die abgesonderte Verhandlung des selbstständigen Angriffs und Verteidigungsmittels mit einem Zwischenurteil gemäss § 275 schliesst, die Verhandlung über die Gegenforderung mit einem Endurteil gemäss § 274.

Hierzu kommt noch, dass die Bestimmungen der §§ 136, 274 einen rein prozessleitenden Charakter haben. Darüber herrschte in der norddeutschen Kommission Uebereinstimmung.

Dies geht deutlich aus dem Wortlaut des § 421, wie er von der Kommission redigiert ist, hervor.

In diesem Paragraphen wird sogar ausgesprochen, dass über die Einrede weiter zu verhandeln ist.

Diese prozessleitenden Verfügungen kann das Gericht jederzeit wieder aufheben.

Dies ist im § 141 ausdrücklich ausgesprochen. Eine Vereinigung der getrennten Prozesse wäre aber unmöglich, wenn die Kompensationseinrede aus dem Prozess herausgewiesen würde. Denn, wenn der Kompensant bei einem anderen Gericht seine Gegenforderung einklagen müsste, so könnte das über die Klage verhandelnde Gericht unmöglich diesem die Entscheidung über die Gegenforderung entziehen und wieder an sich nehmen.

Auch spricht nachfolgender Umstand gegen die Ansicht von Petersen.

Das Gericht kann in jedem Stadium des Rechtsstreits von der Befugnis der §§ 136, 274 Gebrauch machen. [1])

Wenn nun in erster Instanz das Gericht über die Kompensationseinrede verhandelt und entschieden hat, und in zweiter Instanz das Gericht Trennung des Prozesses beschliesst, sollen nunmehr die Parteien gezwungen sein, sich von neuem auf die Gegenforderung in erster Instanz einzulassen, wenn dieselbe aus dem Prozess verwiesen wird?

---

1) Vgl. Wex a. a. O., S. 265, Nro. 6.

Muss dann von neuem der ganze über die Kompensationseinrede geführte Streit vor der ersten Instanz ausgefochten werden? Das würde zu ganz unnötigen und unerträglichen Weiterungen führen, nicht bloss für den Beklagten, der seine Gegenforderung in zwei Instanzen vorgebracht hat und nun von neuem klagen muss, sondern auch für den Kläger, der vielleicht in diesem Prozess ein Urteil erzielt hätte, durch welches das Nichtbestehen der Gegenforderung festgestellt worden wäre, und der nun sich auf einen neuen Prozess einlassen muss.

Wie denkt sich ferner Petersen, dass die Entscheidung in diesem Falle zu ergehen hat?

In dem Fall des § 274 ergeht ein Urteil. Dies ist unzweifelhaft. Soll nun gegen dieses Urteil der Kompensant nicht die Möglichkeit des Rechtsmittels auch in der Richtung haben, dass die Entscheidung der Hinausweisung der Kompensationseinrede aus dem Prozess aufgehoben werde? Wenn er mit diesem Rechtsmittel Erfolg hat, muss er die Klage, die er zur Sicherheit seiner Forderung inzwischen angestregt hat, wieder zurücknehmen? Oder ist die Entscheidung des Gerichts unanfechtbar? Das Letztere bestimmt das Gesetz nicht.

Gleich ist die Sachlage im Falle des § 136 Abs. 2.

Die Entscheidung des Gerichts kleidet sich hier in die Form des Beschlusses.[1])

Die Entscheidungen, gegen welche ein Rechtsmittel nicht zulässig ist, sind in der Civilprozessordnung erschöpfend aufgeführt. Zu dieser gehört die Entscheidung aus § 136 nicht. Gegen sie ist also ein Rechtsmittel zulässig, sie unterliegen der Nachprüfung durch das übergeordnete Gericht.[2])

1) Dieser Beschluss kann erst nach mündlicher Verhandlung ergehen. Pfizer (S. 370 Anm. 3) leugnet dies zwar, aber zu Unrecht. Denn, ehe nicht die Kompensationseinrede in der mündlichen Verhandlung vorgetragen ist, ist sie noch nicht erhoben und das Gericht kann bezüglich ihrer noch keinen Beschluss fassen.

2) Vgl. Schepers bei Gruchot, Bd 24, S. 876, Entscheidungen des Reichsgerichts I, C. S. vom 28. Juni 1884, Gruchot, Bd. 29, S. 1067, III. C. S. vom 12. Oktober 1889, Entsch. Bd. 24, S. 423.

Nun kann dieser Beschluss nicht mit der Beschwerde angefochten werden; denn er gehört weder zu denjenigen Entscheidungen, gegen die das Gesetz das Rechtsmittel der Beschwerde ausdrücklich gegeben hat, noch zu denjenigen, durch welche ein das Verfahren betreffendes Gesuch der Parteien zurückgewiesen wird. (§ 530 C.-P.-O.)

Die Entscheidung ist vielmehr nur mit dem Urteil, das über die Klageforderung ergeht, durch Berufung anzufechten; denn wenn auch die Verfügung des Gerichts nur eine prozessleitende ist, so ist doch falls die Trennung zu Unrecht erfolgt ist, der eigentliche Grund zur Beschwerde in dem darauf ergehenden materiellen Erkenntnis zu suchen.[1]) Wenn demnach der Kompensant diese Herausverweisung aus dem Prozess anfechten will, so muss er warten bis der Prozess über die Hauptforderung in der Instanz entschieden ist. Wird aber auch von der höheren Instanz die Hinausverweisung als zu Recht bestehend anerkannt, so geht er seines materiellen Kompensationsrechts verlustig. Diesen Vorwurf sucht allerdings Petersen[2]) mit dem Hinweis auf § 686 C.-P.-O. zu entkräften. Der Beklagte müsse demnach, wenn die Gegenforderung aus dem Prozess hinausverwiesen, sofort Klage erheben. Würde der Klageanspruch früher rechtskräftig festgestellt, als sein Gegenanspruch, so könne er auf Grund des § 686 Klage auf Rückzahlung erheben.

Demgegenüber haben Wilmowski und Levy[3]) mit Recht darauf hingewiesen, dass dieser Möglichkeit der Wortlaut des Gesetzes entgegensteht. Denn nur solche Einreden können mittelst Klage geltend gemacht werden, deren Grund nach der letzten mündlichen Verhandlung entstanden ist. Das Recht zur Erhebung der Kompensationseinrede war aber schon vor diesem Zeitpunkt entstanden, sonst hätte sie ja nicht erhoben werden können.[4])

1) Vgl. die angezogene Entscheidung, Bd. 24, S. 426.
2) Busch, Bd. IV, S. 303, Gruchot, Bd. 31, S. 574.
3) A. a. O., Bd. I, S. 240.
4) Petersen verkennt selbst nicht, dass Bedenken der Anwendung

Noch ein Übelstand ist vorhanden, wenn man die Folgerungen aus der hier kritisierten Ansicht zieht. Wird die Kompensationseinrede zulässigerweise auf eine Forderung gestützt, die gegen einen dritten entstanden ist, z. B. der Beklagte macht eine Forderung geltend, die ihm zustand, gegen den Cedenten des Klägers, welcher auf Grund des Cession klagt, oder auf eine Forderung, die in der Person eines Dritten entstanden ist, z. B. der Beklagte ist als Bürge verklagt und macht eine Gegenforderung des Hauptschuldners geltend, so hat hier die Hinausweisung der Gegenforderung aus dem Prozess die Folge, dass der Beklagte völlig des Rechts beraubt wird, auch im Wege selbstständiger Klage diese Forderung dem Kläger gegenüber geltend zu machen.

Auf diesen Umstand hat Seuffert[1]) aufmerksam gemacht; er findet mit Recht, dass hierin eine Verletzung des materiellen Kompensationsrechts liege, die unmöglich von dem Gesetz gewollt sein könne. Er hält in diesem Falle die Herausweisung der Gegenforderung aus dem Prozess für unzulässig. Aber wieso? Das Gesetz giebt keinen Anhalt dafür und es ist auch kein Grund zu finden, weshalb in diesen Fällen die Behandlung der Kompensationseinrede eine andere sein soll als sonst.

Diese Fälle sind ein zutreffendes Beispiel, zu welchen Hürten und Ungerechtigkeiten die Lehre Petersen's und seiner Anhänger führt.

§ 10.

Zweite Ansicht:

Durch Anordnung der getrennten Verhandlung geht die Kompensationseinrede in die entsprechende Widerklage über.

---

des § 686 Abs. 2 entgegenstehen, meint aber, man müsse eine analoge Anwendung dieser Bestimmung annehmen (Gruchot Band 31, S. 574 Anm. 2). Dieses Moment darf namentlich Petersen nicht ins Feld führen, er, der sich ganz entschieden gegen die analoge Anwendung von Gesetzesstellen, bei Behandlung der Frage ausgesprochen hat, ob die Kompensationseinrede nach der Verweisung zur getrennten Verhandlung gemäss § 503, 563 zu behandeln ist. (Gruchot, Band 30 S. 8.)

1) A. a. O., S. 182.

Osann [1]) ist ein Vertreter der zweiten Auffassung. Nach seiner Auffassung existiert mit dem Augenblick der Trennung der Verhandlungen die Kompensationseinrede als solche nicht mehr. Dagegen bleibt die Gegenforderung rechtshängig und zwar so, als ob sie durch gewöhnliche Klage geltend gemacht wäre. Die Prozesse über Forderung und Gegenforderung werden getrennt entschieden.

Der Kompensant tritt als Kläger im zweiten Prozess auf, und seine Klage geht auf Leistung, während er bisher Aufrechnung verlangt.

Schollmeyer [2]) geht davon aus, dass nach dem Wortlaut des § 136 die Verhandlung über die Gegenforderung im getrennten Prozess zu erfolgen habe, dass demnach die Gegenforderung und nicht die Einrede Gegenstand der zweiten Verhandlung sei.

Nach Schollmeyer wird durch die Trennung eine erhöhte Selbständigkeit der Gegenforderung herbeigeführt. Vor erfolgter Trennung hängt die Frage, ob es über die Gegenforderung überhaupt zur Verhandlung und Entscheidung kommt, davon ab, ob der Klageanspruch für begründet angesehen wird oder nicht. Ist jedoch über die Gegenforderung getrennte Verhandlung angeordnet, so würde diese Abhängigkeit der Gegenforderung von der Klage für den Kompensanten bedenkliche Folgen nach sich ziehen.

Erklärt das Gericht die Klage für unbegründet, so muss es auch die Gegenforderung, wenn auch nur zur Zeit zurückweisen.

Wie Schollmeyer ausführt, kann der Beklagte dagegen wohl ein Rechtsmittel einlegen. Voraussetzung desselben ist jedoch, dass der abgewiesene Kläger dasselbe eingelegt hat, und so ist die Möglichkeit gegeben, dass der Kläger gegen das seinen Klageanspruch abweisende Urteil so spät das Rechtsmittel einlegt, dass die Frist für Einlegung des Rechtsmittels

1) A. a. O., S. 30, ff.
2) Compens, S. 136 ff., S. 145.

gegen das die Gegenforderung zurückweisende Erkenntnis abgelaufen ist, der Kompensant seiner Gegenforderung somit endgiltig verlustig geht.

Wenn man daher nicht annehmen will, dass die Entscheidung über die Gegenforderung bis zur rechtskräftigen Entscheidung auszusetzen sei, durch welche Massregel eine Verbindung der Verhandlungen nach § 139 unmöglich gemacht wird, so bleibt nach Schollmeyer nur das eine Mittel übrig, den Prozess über die Klageforderung und die Gegenforderung möglichst gleichzeitig zur rechtskräftigen Entscheidung zu bringen.

Dies kann nur dadurch erreicht werden, dass man die Verhandlungen über Klage und Gegenforderung von einander loslöst.

Dafür spricht nach Schollmeyer's Meinung auch § 274; denn derselbe gestattet ein Teilurteil über die Klageforderung, welches selbständig mit Rechtsmitteln angreifbar ist; der Prozess über die Gegenforderung geht in der Instanz weiter, da aus dem Teilurteil aus § 274 folgt, dass Klage und Gegenforderung einander gleichstehen.

Wird daher die Gegenforderung zur getrennten Verhandlung verwiesen, so ist die Behandlung derselben genau so, wie wenn mit einer bereits rechtshängigen Forderung kompensiert wird. Über Klageforderung und Gegenforderung wird unabhängig von einander entschieden. Als Entschädigung für den Verlust, die Kompensation im Prozess durchzusetzen, giebt das Gesetz nach Schollmeyer dem Kompensanten die Möglichkeit, die in der Erhebung des Kompensationseinwandes liegende, auf Feststellung des Bestehens der Gegenforderung gerichtete, unentwickelte Widerklage in eine auf Verurteilung des Klägers gerichtete Widerklage umzuwandeln.

Auch Reinke[1]) kommt zu demselben Ergebnis wie Schollmeyer. Er geht davon aus, dass der § 136 der Prozessverschleppung durch Erheben von Gegenansprüchen entgegenzutreten beabsichtige. Dies werde durch die Trennung der Ver-

1) A. a. O., S. 172.

handlung erreicht. Die Rechte der Kompensanten würden insoweit gewahrt, als der Streit über die Gegenforderung anhängig bleibe, wobei allerdings bei dem Selbständigwerden des Streites über die Gegenforderung dem Kompensanten die Rolle des Klägers zufalle.

Gegen die Zwangsvollstreckung aus dem Urteil über die Klage könne sich der Kompensant durch Arrestanlegung oder Geltendmachung der Gegenforderung als Aufrechnungseinrede im Vollstreckungsverfahren gemäss § 686 schützen.

Dass die Gegenforderung früher spruchreif würde, als die Hauptforderung, hält Reinke als dem Sinne des Gesetzes widersprechend und deshalb für nicht diskutierbar.

Der Auffassung dieser Schriftsteller ist zuzugeben, dass der norddeutsche Entwurf noch die Bestimmung enthält, dass über die Einrede im getrennten Prozess verhandelt werden soll, und dass diese Bestimmung in die späteren Entwürfe und in die Civilprozessordnung nicht aufgenommen ist.

Doch würde dies weniger ins Gewicht fallen. Vielmehr spricht für die von den genannten Schriftstellern vertretene Ansicht der Wortlaut des § 136 Abs. 2.

In dieser Bestimmung ist unzweifelhaft nicht von der Kompensationseinrede und der Widerklage die Rede, sondern von der Gegenforderung. Über diese wird im gesonderten Prozess verhandelt und entschieden.

Über die Gegenforderung als solche wird der Prozess geführt, und es kommt auf die Form der Geltendmachung nicht an.

Stichhaltige Gründe gegen die Ansicht der genannten Schriftsteller anzuführen, ist schwer, namentlich da auch die Motive [1]) ihre Ansicht zu unterstützen scheinen.

Jedoch sprechen gegen diese Ansicht zwei Umstände.

Die Kompensationseinrede verliert ihren Charakter als subsidiärer Rechtsbehelf.

---

1) Vgl. Hahn, Bd. I, S. 216.

Dies muss auch Schollmeyer [1]) zugestehen. Er führt jedoch aus, der Kompensant habe das jus variandi, d. h. er habe das Recht zu erklären, dass er nach der Trennung seinen Kompensationsanspruch fallen lasse. [2]) Allerdings müsse dem Kompensaten (dem Kläger) auch die Möglichkeit gegeben sein, eine bindende Erklärung des Kompensanten zu erwirken, ob er auf der Kompensation bestehe oder nicht. Zu dieser Erklärung könne er den Kompensanten durch Ladung zur Verhandlung zwingen. Denn, wenn der Kompensant in diesem Termine nicht erscheine, so laufe er Gefahr, mit seinem Anspruch auf Feststellung des Bestehens der Gegenforderung abgewiesen zu werden.

Habe der Kompensant vorher nicht durch Zustellung eines Schriftsatzes erklärt, er lasse die Gegenforderung fallen, so sei er verpflichtet, der Ladung des Kompensaten Folge zu leisten und in diesem Termine entweder zu erklären, dass er die Gegenforderung fallen lasse, oder deren Feststellung zu verlangen.

Schollmeyer geht aber noch einen Schritt weiter und nimmt gleich Osann an, der Kompensant könne seinen ursprünglich auf Feststellung gerichteten Antrag in eine Leistungsklage verwandeln.

Diese Ausführung ist verfehlt.

Nach Schollmeyer und Osann geht, wie gesagt, die Kompensationseinrede nach Trennung der Prozesse in eine selbstständige Widerklage über. Davon spricht das Gesetz nichts. Das Gesetz sagt namentlich nicht, dass nunmehr beide Parteien es sich gefallen lassen müssen, dass über die Gegenforderung ihrem Rechtsgrunde nach ohne Rücksicht auf den Hauptprozess entschieden werde. Namentlich giebt diese Ansicht dem Kompensanten zuviel, indem über die Gegenforderung ihrer gesamten Höhe nach entschieden wird, was er eigentlich nicht gewollt hat.

Unzutreffend ist ferner die Ausführung Schollmeyer's,

1) Compens, S. 159.
2) Ebenda, S. 165.

der Kompensant könne seine Gegenforderung fallen lassen. Er widerspricht damit seinen eigenen Ausführungen S. 105, nach welchen er das einseitige Fallenlassen einer Kompensationseinrede nicht für zulässig erklärt.

Dieses von ihm nunmehr behauptete „beneficium“ des Kompensanten widerspricht seiner Lehre von der Rechtshängigkeit, worauf Petersen [1]) zutreffend hinweist. Dazu kommt noch, dass das Gesetz vom Verhandeln in getrenntem Prozesse spricht, nicht vom Nichtverhandeln der Kompensationseinrede.

Ein fernerer Übelstand tritt bei folgendem Fall hervor: Wenn der Beklagte mehrere Kompensationseinreden vorgebracht hat, und zwar die eine für den Fall, dass er mit der in erster Linie geltend gemachten nicht durchdringe, so geht er nach der Ansicht Schollmeyer's [2]) des Rechtes auf eventuelle Kompensation durch die Trennung der Verhandlungen verlustig. Denn nur die in erster Linie geltend gemachte Gegenforderung wird zur gesonderten Verhandlung verwiesen, die in zweiter Reihe geltend gemachten scheiden überhaupt aus.

Darin liegt unzweifelhaft eine Härte; denn man kann dem Beklagten an und für sich es nicht verwehren, dass er um seinen Antrag auf Klageabweisung zu stützen, möglichst viel Material herbeibringt. Man kann dem auch nicht entgegentreten, dass die Absicht, den Prozess zu verschleppen, bei dem Beklagten vermutet werde, wenn er mehrere Kompensationseinreden erhebe.

Denn, wenn nicht grade ein Anspruch anerkannt wird, so sicher ist keine Partei des Sieges ihrer Sache, dass sie alles auf eine Karte setzte. Schollmeyer sagt ganz richtig, die Prozessordnung greife mit ihren Bestimmungen über die Trennung von Klage und Gegenforderung tief in das materielle Kompensationsrecht ein. Aber so tief darf der Eingriff nicht

1) Gruchot, Bd. 30, S. 37.
2) Compers, S. 147.

gehen, dass die Kompensation völlig illusorisch gemacht wird. Hierzu kommt, dass die nach § 274 zu erlassende Entscheidung ein Teilurteil ist, also einen Teil des Rechtsstreits erledigt.

Der andere Teil bleibt also noch in der Schwebe. Es wäre eine unzulässige Behandlung des Rechtes des Prozesses, wenn für diesen die bisherigen prozessualen Verhältnisse völlig umgekehrt, der bisherige Beklagte nunmehr Kläger würde.

Im Gesetz findet diese Ansicht keine Stütze.

Eine Mittelstellung zwischen der hier behandelten Ansicht und der noch zu behandelnden nimmt Hellmann [1]) ein.

Er nimmt an, dass auf Grund des § 136 Abs. 2 eine Trennung der Forderung und Gegenforderung zum gesonderten selbstständigen Prozesse erfolge. Aber in dem Prozess über die Gegenforderung werde die Parteistellung nicht geändert.

Der Kläger bleibe Kläger, der Beklagte Beklagter. Die Rechtshängigkeit, die einmal begründete Zuständigkeit bleiben bestehen; es bedürfe keiner besonderen Klageanstellung Seitens des Beklagten. Aber die Entscheidung erfolge über Forderung und Gegenforderung, unabhängig von einander, so dass über die Gegenforderung ein Urteil ergehen könnte, ehe die Klageforderung entschieden sei.

Bei Anwendung des § 274 bleibe die Rechtsstellung der Parteien bezüglich des Gegenanspruchs dieselbe.

Allerdings könne durch die Vollstreckung der Klageforderung das Kompensationsrecht des Beklagten illusorisch gemacht werden. Wenn das Urteil über die Klageforderung bei Entscheidung über die Gegenforderung noch vollstreckbar sei, so könne sich der Beklagte durch Arrestanlegung oder Klage aus § 686 C.-P.-O. schützen. Wenn aber das Urteil über die Klageforderung bereits vollstreckt sei, müsste nunmehr die Gegenforderung selbstständig vollstreckt werden. Der Kostenpunkt könne in diesem Falle jedoch erst in dem letzten Urteil entschieden werden.

1) A. a. O., Bd I, S. 438, Nro. 3.

Diese Ansicht leidet an erheblichen Widersprüchen. Ein gesonderter Prozess über die Gegenforderung, der in keinem Zusammenhange mit dem Prozess über die Klageforderung steht, und bei dem doch der Fordernde die Stellung des Beklagten einnimmt, ist nicht denkbar.

Dazu kommt noch, dass Hellmann im Falle des § 136 zulässt, dass die Gegenforderung selbstständig entschieden werde und jedenfalls der Ansicht ist, dass, falls die Hauptforderung bereits vollstreckt ist, auch die Gegenforderung für vollstreckbar erklärt werde. Mit anderen Worten: die Gegenforderung geht nach Hellmann's Ansicht nach der Trennung in eine Widerklage über; denn nur dann ist eine selbstständige Entscheidung und Vollstreckung der Gegenforderung denkbar.

Aber dem widersprechen die Ausführungen Hellmann's über die Rechtsstellung der Parteien, und dass die Entscheidung über den Kostenpunkt dem letzten Teilurteil zu überlassen sei.

Dieser Widerspruch ist auf keine Weise zu lösen.

§ 11.

Dritte Ansicht:

Das Gesetz will nur dem Richter freigeben, prozessleitend Klage und Einrede in getrenntem Verfahren zu verhandeln, ohne dass die Einheit des Rechtsstreits zerstört oder die rechtliche Natur der Einrede geändert wird.

Es bleibt demnach nur noch die dritte Ansicht übrig, nach welcher die Behandlung der Kompensationseinrede eine ähnliche ist, wie die Behandlung der nicht durch Urkunden zu erweisenden Einreden ein Urkundenprozess und die Behandlung derjenigen Einreden, welche in der Berufungsinstanz verspätet vorgebracht worden sind. [1])

Gegen diese Ansicht lässt sich mancherlei einwenden.

1) Diese Ansicht vertreten Struckmann und Koch, Kommentar S. 172, S. 359, Wilmowski und Levy, Kommentar Bd. I, S. 240, S. 491.

Zuerst, dass diese Ansicht im Gesetz keine Stütze findet. Namentlich spricht gegen diese Ansicht der Umstand, dass die §§ 502 und 562 ganz besonders geartete Fälle regeln, der letztere Paragraph einen Ausnahmefall in einem ungewöhnlichen Verfahren, und dass man nicht gut Sonderbestimmungen analog auf die Fälle des gewöhnlichen Verfahrens anwenden kann. Gegen diese Ansicht spricht ferner der Wortlaut des § 136 C.-P.-O.

In seinem ersten Absatz behandelt der Paragraph die Trennung verschiedener in einer Klage zusammengefasster Ansprüche.

Unzweifelhaft erfolgt diese Trennung derart, dass jeder dieser Ansprüche unabhängig von dem anderen verhandelt und eventuell entschieden wird.

Ebenso soll nach dem Text des Gesetzes die Behandlung des Prozessstoffes sein, wenn eine nicht konnexe Gegenforderung geltend gemacht wird.

Hierzu kommt, dass dass Gesetz von Gegenforderungen allgemein spricht und unstreitig unter diesen Begriff sowohl die mittels einer Einrede, als die mittels einer Widerklage gel-

---

Sarwey (Kommentar Bd. I S. 230, Endemann Kommentar Bd. I S. 487. (Bd. II S. 102). Puchelt (Kommentar Bd. I S. 398 Anm. 2). Gaupp (Kommentar Bd. I S. 224 ff.). Wex a. a. O. S. 254 ff., 263 ff. Schepers (a. a. O. S. 874). Kohler (a. a. O. S. 20 ff.) Pfizer (a. a. O. S. 365). Von dem Reichsgericht sind dieser Ansicht beigetreten der I. Civilsenat in dem Urteil vom 21./28. Oktober 1891 (Entsch. Bd. 28 S. 414), der II. Civilsenat in dem Urteil vom 13. November 1885 (Entsch. Bd. 15 S. 376), der IV. Civilsenat in dem Urteil vom 11. Mai 1891 (Entsch. Bd. 27 S. 296) und in dem Beschluss vom 18. September 1893 (Jur. Wochenschrift für 1893 S. 471 Nr. 16) und die vereinigten Civilsenate in dem Plenarbeschluss vom 10. April 1893. (Entscheidungen Bd. 31 S. 1). Die Schriftsteller weichen nur in Nebenpunkten von einander ab. Struckmann und Koch und Wilmowski und Levy betonen, dass mit der Trennung nach § 136 zwei besondere Prozesse entstehen, während bei der Entscheidung aus § 274 nur ein Weiterverhandeln über die Gegenforderung in demselben Prozess erfolgt; dagegen legen Gaupp und andere auf diesen Unterschied der Wortfassung kein besonderes Gewicht und heben die Zusammengehörigkeit und Gleichartigkeit beider Gesetzesbestimmungen hervor.

tend gemachte Gegenforderung fallen. Klage und Gegenforderung werden also in getrennten Prozessen verhandelt. Es giebt also auch einen „Prozess“ über die Gegenforderung.

Diese doppelte Gleichstellung von Widerklage und Kompensationseinrede einerseits und der bei dem § 136 andrerseits ist ein schwerwiegendes Moment gegen die hier vertretene Ansicht.

Wenn Wilmowski und Levy[1]) diese Bedenken mit der Ausführung zu beseitigen suchen, nach § 136 Abs. 2 werde über die Einrede im gesonderten Prozess verhandelt, es sei demnach auch dieser Prozess über die Klage und die Parteistellung die gleiche wie im Hauptprozess, so übersehen sie, dass das Gesetz nicht von der Einrede, sondern von der Gegenforderung spricht.

Nicht also der prozessuale Rechtsbehelf, sondern der materielle Anspruch, die Forderung, gleichgiltig mit welchem prozessualen Rechtsbehelf, ob mittels Widerklage oder Einrede geltend gemacht, wird zum gesonderten Prozess verwiesen. Es wird ein Prozess über die Gegenforderung geführt; der Fordernde ist Kläger, der Gegner Beklagter. Das ist bei der durch Widerklage geltend gemachten Forderung zweifellos. Anders dagegen ist es, wenn die Gegenforderung mittelst Einrede erhoben ist.

Der Kompensant kann nicht durch das Gericht gezwungen werden, über sein Begehren, den Anspruch des Klägers abgewiesen zu sehen, hinauszugehen und Verurteilung des Klägers zu verlangen.

Bei Beurteilung dieser Ansicht ist vor allem zu fragen, welcher Zweck das Gesetz mit den gedachten Bestimmungen verbindet.

Dass die Entscheidung aus § 136 einen rein prozessleitenden Charakter hat, bedarf nach dem Vorhergesagten keiner weiteren Ausführung.

1) A. a. O., S. 240.

Der Zweck des § 136 ist wie der des § 137 wohl der, die mündliche Verhandlung zu erleichtern und durch Zerlegung des Streitstoffes eine einfachere und übersichtlichere Behandlung zu ermöglichen.

In das materielle Recht wollen diese Bestimmungen nicht eingreifen, was schon daraus hervorgeht, dass das Gesetz dem Richter nur die Befugnis zur Trennung einräumt. [1])

Hiezu kommt, dass der § 136 nur in Verbindung mit § 274 zu betrachten ist.

Dies folgt schon aus der Fassung der betreffenden Bestimmung des norddeutschen Entwurfs. Die betreffenden Paragraphen lauteten in der Schlussredaktion des Kommissionsentwurfs:

§ 316. „Sind mehrere Ansprüche in einer Klage erhoben, „so kann das Gericht anordnen, dass die verschiedenen Ansprüche in getrennten Prozessen verhandelt „werden.

„Dasselbe gilt, wenn der Beklagte die Einrede der „Kompensation auf Grund einer Gegenforderung vorgebracht hat, welche mit der in der Klage geltend „gemachten Forderungen nicht in rechtlichem Zusammenhange steht.

§ 421. „Ist von dem Beklagten die Einrede der Kompensation auf Grund einer Gegenforderung vorgebracht, „welche mit der in der Klage geltend gemachten „Forderung nicht in rechtlichem Zusammenhange „steht, so kann, wenn nur die Klage zur Endentscheidung reif ist, diese Entscheidung erlassen und angeordnet werden, dass die Verhandlung über die Einrede in einem getrennten Prozesse erfolge.

„In dem über die Klage erlassenen Urteile kann bestimmt werden, dass die Vollstreckung desselben „nur gegen Sicherheitsleistung zulässig sei.

---

1) Vgl. R. G. Entsch. Bd. 31, S. 7.

„Die Vorschrift des zweiten Absatzes kommt auch „dann zur Anwendung, wenn in einem Falle, in welchem über die Klage und über die Einrede der „Kompensation in getrennten Prozessen verhandelt „ist, (§ 316 Abs. 2) die Entscheidung über die Klage „zuerst erlassen wird."

Diesen beiden Paragraphen sind die jetzigen Paragraphen 136 und 274 fast wörtlich nachgebildet.

§ 136 hat im Gegensatz zu § 316 die Erweiterung erfahren, dass auch dieser Vorschrift die mittelst Widerklage geltend gemachte Gegenforderung unterliegen soll. [1])

Die Bestimmung, dass das nach § 421 ergehende Teilurteil nur gegen Sicherheitsleistung vollstreckbar sein sollte, ist von dem Entwurf fallen gelassen worden, weil dadurch der Zweck der Massregel vereitelt werden könne und der Kompensant sich durch Arrestanlegung schützen könne. [2])

Doch ergeben diese Bestimmungen des norddeutschen Entwurfs deutlich, dass auch die Bestimmung des § 421 (Teilurteil) Anwendung finden sollte, wenn die Kompensationseinrede während des Prozesses zur gesonderten Verhandlung verwiesen wird. Auch die Motive zu dem jetzigen Gesetz behandeln beide Paragraphen (§ 130 und 264 des Entwurfs) gemeinsam. Der § 274 spricht unzweifelhaft für die hier vertretene Ansicht, denn wie schon hervorgehoben, ergeht nach ihm ein Teilurteil; es wird also nur ein Teil des Prozessstoffes erledigt, bezüglich des Restes geht die Verhandlung weiter. Es ist natürlich, dass hier von einer Veränderung der prozessualen Behandlung, namentlich einem Wechsel der Parteirollen, nicht die Rede sein kann.

Aber auch § 136 Abs. 2 steht dieser Ansicht nicht entgegen.[3])

1) Hahn, Bd. I, S. 216.

2) Ebenda, S. 217.

3) Sollte übrigens die Gegenforderung eher zur Entscheidung reif sein, als die Klageforderung, so kann bezüglich ihrer ein Zwischenurteil erlassen werden (vgl. Gaupp I, S. 558 IV. Fitting S. 319. Entschdg. des R.-G. vom 20. Oktober 1886, J. W. für 1886 S. 347 Nr. 6.)

Man darf wie Pfizer[1]) zutreffend hervorhebt, nicht ängstlich an dem Wort: „Prozess“ kleben und meinen, dass ein besonderer Prozess über eine Einrede nach dem Gesetz nicht zulässig sei.

Pfizer führt richtig aus, das Gesetz habe den Ausdruck Prozess gewählt, weil ihm kein treffenderer zur Verfügung gestanden habe. Das Hauptgewicht ist darauf zu legen, dass über Klage und Einrede gesondert verhandelt wird. [2])

Dass dies die Absicht des Gesetzgebers gewesen ist, geht auch aus den Protokollen der Gesetzkommission hervor. [3])

Der Abgeordnete Baehr hatte den Antrag gestellt, den § 264 des Entwurfs (§ 274 des Gesetzes) zu streichen, mit der Begründung:

Durch diesen Paragraphen werde die Durchführung des Rechts auf Kompensation in die Willkür des Richters gestellt.

Demgegenüber hatte der Abgeordnete Thielo ausgeführt: Die Meinung Baehr's sei unzutreffend. Während nach preussischem Recht bei illiquiden Gegenforderungen die Verweisung zum besonderen Prozess erfolge, sehe der Entwurf nur Trennung der Verhandlungen vor, ohne die Gegenforderung zum besonderen Prozess zu verweisen.

Darauf hat die Kommission den Antrag Bährs abgelehnt und hieraus folgt, dass auch sie der Ansicht war, es finde nach § 135, 264 nur eine Trennung der Verhandlungen statt.

Diese Ansicht folgt auch aus dem im Anfang über den Begriff „Anspruch“ Gesagten, d. h. Anspruch ist dasselbe wie actio. Man muss Pfizer [4]) darin Recht geben, wenn er ausführt: Nicht durch Geltendmachung eines Anspruchs, sondern nur durch Mitteilung einer Klageschrift werde ein selbstständiger Rechtsstreit begründet.

Die Erhebung von Ansprüchen während eines bestehenden

1) Gruchot, Bd. 32, S. 373.
2) Vgl. Ude bei Busch, Bd. V, S. 330.
3) Hahn, Bd. I, S. 600.
4) A. a. O., S. 369.

Rechtsstreits könne die Einheit desselben nicht aufheben. — Stellt man sich auf diesen Standpunkt, so kommt man zu einer befriedigenden Lösung der Frage.

Der Beklagte geht durch die Trennung der Verhandlungen über Klage und Kompensationseinrede des Kompensationsrechts nicht verlustig, und der Kläger ist davor geschützt, dass die Entscheidung über seinen Klageanspruch durch Geltendmachung verwickelter Gegenforderungen verschleppt werde.

Die Behandlung der Kompensationseinrede ist demnach wohl folgende:

Ist die Klageforderung zur Entscheidung reif, so ergeht ein Teilurteil, gegen welches Rechtsmittel eingelegt werden können. Der Rechtsstreit wird bezüglich der Gegenforderung fortgesetzt. Kommt das höhere Gericht zur endgiltigen Entscheidung, dass die Klageforderung an sich unbegründet ist, so ergeht ein abschliessendes Endurteil, durch welches naturgemäss auch der Streit über die Gegenforderung erledigt ist. [1])

Wird die Klageforderung für begründet erachtet, so ergeht ein rechtskräftiges Teilurteil und durch Endurteil wird nach Erledigung des Streites über die Kompensationseinrede über die Klage und den Kostenpunkt entschieden.

Wie aber ist die Behandlung der Kompensationseinrede, wenn die Trennung nach § 136 Abs. 2 erfolgt?

Wex [2]) meint, es werde nebeneinander über Klage und Einreden verhandelt und falls die Einrede früher zur Entscheidung reif sei, als die Klage, werde die Entscheidung über jene gemäss § 141 ausgesetzt.

Wex [3]) widerspricht sich hiermit selbst. Er betont, dass bei der Trennung zur gesonderten Verhandlung die Einheit des Prozesses gewahrt bleibe. Dann ist aber § 141 unan-

1) Vgl. Gaupp, Bd. I, S. 295, Pfizer, a. a. O., S. 279.
2) A. a. O., S. 271.
3) Ebenda, S. 268.

wendbar, denn er setzt voraus, dass mehrere von einander unabhängige Prozesse bestehen. —

Übrigens ist auch solches Vorgehen höchst unpraktisch. Man nehme an, die Klage sei an sich unbegründet. Was bedarf es dann eines Verhandelns über die Kompensationseinrede? Womöglich hat eine kostspielige Beweisaufnahme über diese stattgefunden, die nun völlig wertlos wird.

Will man diese Kosten dem unterliegenden Kläger aufbürden, der diese Beweisaufnahme gar nicht verschuldet hat, oder dem Beklagten? Der wird sagen, dass er die Kompensationseinrede nur eventuell geltend gemacht hat, für den Fall, dass die Klage begründet sei, dass demnach von seinem Standpunkt aus, diese Beweisaufnahme auch nicht nötig gewesen sei.

Vor allen Dingen muss man festhalten, dass die Kompensationseinrede ein subsidiärer Rechtsbehelf ist, der erst zur Verhandlung gelangt, wenn die übrigen Rechtsbehelfe versagen. Es muss also in allen Fällen in der Instanz feststehen, dass die Klage an sich begründet ist, ehe man zur Verhandlung über die Kompensationseinrede schreiten kann.

Dies ist auch Pfizer[1]) entgegen zu halten, welcher eine gleichzeitige Verhandlung von Forderung und Gegenforderung annimmt und der Ansicht ist, dass falls die Gegenforderung früher für begründet erachtet werden sollte, als die Entscheidung über die Klageforderung spruchreif ist, ein Zwischenurteil über die Gegenforderung erlassen werden könne.

Die Behandlung ist demnach die, dass nach der Trennung zuerst allein über die Klageforderung verhandelt und durch Teilurteil entschieden wird und dass dann in die Verhandlung über die Kompensationseinrede eingetreten wird.

Dem Teilurteil ist die Bedeutung einer Entscheidung mit Vorbehalt der Entscheidung über die Kompensationseinrede beizulegen.

Die prozessuale Behandlung der Gegenforderung ist dem-

1) A. a. O., S. 382.

nach nicht dieselbe, wenn sie mit der Widerklage, oder wenn sie mittelst Einrede geltend gemacht wird. Dies hat das Reichsgericht in der letztangeführten Entscheidung zutreffend hervorgehoben. [1])

Man kann nun noch mit Wex [2]) einwenden, dass bei dieser Behandlung der Frage dem Beklagten die Kompensation unmöglich gemacht werden könne; wenn nämlich auf Grund des rechtskräftig gewordenen Teilurteils die Klageforderung im Vollstreckungswege eingezogen werde, dann sei die Kompensation unmöglich, da bereits gezahlt sei.

Wex beseitigt diesen Einwand mit der Ausführung, der Beklagte habe das Recht, jederzeit seine Einrede in eine Widerklage umzuwandeln und somit seinerseits vom Kläger Zahlung zu verlangen. Unterlasse er dies, so habe er für die Folgen seiner Lässigkeit zu büssen. Dies ist unzutreffend. Wenn in zweiter Instanz eine Trennung gemäss § 136 oder § 274 eintritt, so ist der Beklagte nicht in der Lage, Widerklage zu erheben. (§ 491 C.-P.-O.)

Der Beklagte wäre demnach seines Kompensationsrechtes verlustig gegangen. Die Frage erledigt sich jedoch ganz einfach.

Wenn der Beklagte, während der Rechtsstreit über die Gegenforderung noch schwebt, im Zwangswege die Klageforderung bezahlen muss, so ändert er seinen auf Abweisung der Klage gerichteten Antrag in den Antrag auf Rückzahlung des im Wege der Zwangsvollstreckung gezahlten. (§ 655 Abs. 2.)

In diesem Antrage liegt nicht die Erhebung einer Widerklage. Denn der Sache nach wird nach wie vor Abweisung der Klage beantragt. Der Antrag ändert sich nur infolge veränderter Umstände. [3])

Der Fall liegt genau so, wie bei jedem anderen Rechts-

1) Bd. 31, S. 8.

2) A. a. O., S. 274, Nro. 8.

3) Damit sind auch die Bedenken beseitigt, welche Sarwey (a. a. O. S. 421) gegen diese Behandlung der Kompensationseinrede hat.

streit, in welchem der Kläger auf Grund eines für vorläufig vollstreckbar erklärten Urteils Zwangsvollstreckung ausgebracht hat. Auch hier kann der Beklagte, wenn er ein Rechtsmittel eingelegt hat, unter Abänderung seines früheren Antrages Rückzahlung des im Wege der Zwangsvollstreckung gezahlten verlangen.

Die Frage ist nur noch: Wie hat das Endurteil zu lauten?

Im Falle, dass die Kompensationseinrede für begründet erklärt wird, ist auszusprechen, dass unter Aufhebung des Teilurteils der Kläger mit seiner Klage abzuweisen oder zur Zurückzahlung des im Wege der Zwangsvollstreckung beigetriebenen Betrages zu verurteilen ist.

Wenn die Kompensationseinrede für nicht begründet befunden wird, so ergeht ein Urteil dahin, dass unter Verwerfung der Kompensationseinrede das Teilurteil, welches über die Klageforderung ergangen ist, aufrecht erhalten wird.

Verzeichnis der benützten Litteratur.

1. v. Bülow, Louis, Freiherr, Landgerichtspräsident. Die Civilprozessordnung und ihre Nebengesetze. 2. Auflage. Hannover 1882. Hahn'sche Buchhandlung.
2. Endemann, Dr. W. Der deutsche Civilprozess. Band 2. Berlin 1879. Weidmann'sche Buchhandlung.
3. Entwurf einer deutschen Civilprozessordnung nebst Begründung. Im Königlich Preussischen Justiz-Ministerium bearbeitet. Berlin 1871. Königliche Geheime Ober-Hof-Buchdruckerei R. v. Decker.
4. Fitting, Dr., Hermann, Professor. Der Reichscivilprozess. 8. Auflage. 1893. Berlin, Guttentag (D. Collin).
5. Förster, Dr., A. Die Civilprozessordnung für das deutsche Reich nebst Einführungsgesetzen. Unter besonderer Berücksichtigung des preussischen Allgemeinen Landrechts. Grünberg in Schlesien 1886. Friedrich Weiss Nachfolger.
6. Gaupp, Dr., L. Die Civilprozessordnung für das deutsche Reich. 2. Auflage. Freiburg i/Bd. 1891. Akademische Verlagsbuchhandlung J. C. Mohr.
7. Hahn, Geheimer Ober-Justizrat, Senatspräsident des Kammergerichts. Die gesamten Materialien zur Civilprozessordnung und dem Einführungsgesetze zu derselben vom 30. Januar 1877. Auf Veranlassung des Kaiserlichen Reichsjustizamts herausgegeben, zweite durchgesehene und vervollständigte Auflage, herausgegeben von Eduard Stegemann. Berlin 1881. R. v. Decker's Verlag (Marquardt und Schenk).
8. Hellmann, Dr., Friedrich. Civilprozessordnung für das deutsche Reich nebst Einführungsgesetzen. Erlangen 1879. Verlag von Palm & Enke.
9. Juristische Wochenschrift. Herausgegeben von H. Kempner, Rechtsanwalt beim Landgericht I in Berlin. Band 1886, 1893, 1895, 1896.

10. Kleiner, Otto, bayrischer Landgerichtspräsident. Kommentar zur Civilprozessordnung für das deutsche Reich. Nach den Quellen bearbeitet mit besonderer Berücksichtigung der Gesetzgebung in Bayern, Sachsen und Württemberg. A. Stubers Buch- und Kunsthandlung. Würzburg 1880.
11. Kohler, Dr., J., Professor. Kompensation und Prozess. Zeitschrift für deutschen Civilprozess, begründet von Busch. Herausgegeben von Schulzenstein und Vierhaus. Band XX. Berlin, Carl Heymann 1894.
12. Lippmann, Landgerichtsrat. Die Einrede der Rechtshängigkeit in der neuen Civilprozessordnung. Archiv für die civilistische Praxis. Band 65. Herausgegeben von v. Bülow, Degenkolb, Franklin, Mandry 1882. Freiburg und Tübingen. Akademische Verlagsbuchhandlung J. C. Mohr.
13. Derselbe. Über die Begründung der Rechtshängigkeit durch Kompensationseinrede. Zeitschrift für deutschen Civilprozess. Bd. XIII. Herausgegeben von Schulzenstein und Vierhaus. Berlin 1884. Carl Heymann's Verlag.
14. Löning, Dr., Richard, Professor. Die Widerklage im Reichscivilprozess. Zeitschrift für deutschen Civilprozess. Band IV. Herausgegeben von Busch.
15. Motive zu dem Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das deutsche Reich. Band II. Recht der Schuldverhältnisse. Amtliche Ausgabe. Berlin und Leipzig. Verlag von J. Guttentag (D. Collin) 1888.
16. Ötker, Dr., Friedrich, a. ö. Professor. Konkursrechtliche Grundbegriffe. Band I. Die Gläubiger. Stuttgart, Ferdinand Enke 1891.
17. Osann, Arthur, Gerichtsaccessist. Beiträge zur Behandlung der Kompensationseinrede im deutschen Civilprozess. Darmstadt 1885, Bergstrasse.
18. Petersen, Dr., Reichsgerichtsrat. Die Civilprozessordnung für das deutsche Reich nebst Einführungsgesetz. Dritte Auflage. 1. Lieferung. Lahr, Moritz Schauenburg 1895.
19. Derselbe. Wird durch Kompensationseinrede Rechtshängigkeit begründet? Zeitschrift für deutschen Civilprozess. Band I. 1879.
20. Derselbe. Inwieweit wird durch Kompensationseinrede Rechtshängigkeit begründet? Ebenda Band IV. 1882.

21. Derselbe. Die Kompensationseinrede und die Vorschriften der Reichs-Civilprozessordnung. Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts in besonderer Beziehung auf das Preussische Recht mit Einschluss des Handels- und Wechselrechts. Begründet von Dr. J. A. Gruchot. Herausgegeben von Rassow und Küntzel. Dritte Folge. Zehnter Jahrgang 1886 (der ganzen Reihe der Beiträge XXX. Jahrgang). Franz Vahlen, Berlin.

22. Derselbe. Wird durch die Kompensationseinrede Rechtshängigkeit begründet. Eine Erwiderung ebenda Band XXXI 1887.

23. Pfizer, Landgerichtsrat. Endurteil, Zwischenurteile insbesondere in Anwendung auf die Kompensation. Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts. Band XXXII.

24. Planck, Dr., Julius Wilhelm. Lehrbuch des deutschen Civilprozesses. Nördlingen, Becker 1887.

25. Protokolle der Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs einer Civilprozessordnung für die Staaten des Norddeutschen Bundes. Berlin, Decker 1868.

26. Puchelt, Dr., E. S., Reichsoberhandelsgerichtsrat. Die Civilprozessordnung für das deutsche Reich. Unter Benutzung der Materialien und mit Berücksichtigung der seitherigen Judikatur des Reichsoberhandelsgerichts und der anderen obersten deutschen Gerichtshöfe. Leipzig 1877. Rossberg'scher Verlag.

27. Reichsgericht, Entscheidungen des in Civilsachen. Leipzig, Veit und Comp. Band 6, 15, 16, 18, 24, 27, 28, 31.

28. Reincke, O., Reichsgerichtsrat. Die deutsche Civilprozessordnung. Berlin 1893. H. W. Müller.

29. v. Sarwey, Dr., Königlich Württembergischer Staatsrat. Die Civilprozessordnung für das deutsche Reich vom 30. Januar 1877. Berlin 1879. Carl Heymann.

30. Schepers. Die Befugnis des Gerichts zur Trennung der Verhandlung und Entscheidung nach der deutschen Civilprozessordnung. Erläuterung des deutschen Rechts. Band XXIV.

31. Schollmeyer, Dr., F., a. ö. Professor. Die Kompensationseinrede im deutschen Reichscivilprozess. Berlin und Leipzig. J. Guttentag (D. Collin) 1884.

32. Derselbe. Noch einmal die Rechtshängigkeit der zum Zweck der

Aufrechnung geltend gemachten Gegenforderung. Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts. Band XXXI.

33. Schwalbach, Dr., Th. Über Rechtshängigkeit und formale Rechtskraft. Archiv für die civilistische Praxis. Band 64.

34. Seuffert, Dr., Lothar, a. ö. Professor in Würzburg. Civilprozessordnung für das deutsche Reich nebst dem Einführungsgesetze vom 30. Januar 1877. 4. umgearbeitete Auflage. Nördlingen 1889. Beck'sche Buchhandlung.

35. Struckmann, Wirklicher Geheimer Oberjustizrat und Oberlandesgerichtspräsident und Dr. R. Koch, Wirklicher Geheimer Rat, Präsident des Reichsbankdirektoriums. Die Civilprozessordnung für das deutsche Reich nebst den auf die Civilprozessordnung bezüglichen Bestimmungen des Gerichtsverfassungs-Gesetzes und den Ausführungsgesetzen. 6. Auflage. Berlin 1894. S. Guttentag.

36. Ude, Dr. jur., Oberlandesgerichtsrat. Zur Lehre von der Sach- und Prozessleitung §§ 127 und 130—140 der Civilprozessordnung. Zeitschrift für den deutschen Civilprozess. Band V. 1882.

37. Wach, Dr., Adolf, Professor. Vorträge über die Reichscivilprozessordnung. Bonn. Adolf Marius 1879.

38. Derselbe. Handbuch des deutschen Civilprozessrechts. Erster Band. Leipzig. Duncker und Humblot 1885.

39. Weismann, Dr., Jacob. Die Hauptintervention und Streit-Genossenschaft. Ein Beitrag zu den Grundlehren des Aktionen- und Prozessrechts. Leipzig. Duncker und Humblot 1884.

40. Wex, Senatspräsident, Geheimer Ober-Justizrat. Die Verhandlung in „getrennten Prozessen" in Gemässheit der Vorschrift des § 136 der deutschen Civilprozessordnung, insbesondere die Kompensationseinrede. Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts. Band XXXI.

41. v. Wilmowski, Dr., G., Geheimer Justizrat und M. Levy, Justizrat. Civilprozessordnung für das deutsche Reich nebst den Einführungsgesetzen. Mit Kommentar in Anmerkungen. 7. Auflage. Berlin 1895. Franz Vahlen.

42. Geib, Dr., Professor. Über die Behandlung der Kompensationseinrede, insbesondere über die beabsichtigte Änderung der §§ 293, 491 C.-P.-O. Zeitschrift für den deutschen Civilprozess. Band 22. 1896.

43. Derselbe. Kompensation mit rechtshängigen Forderungen. Archiv für die civilistische Praxis. Band 85.
44. Denkschrift zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs. Reichstagsvorlage. Besondere Beilage der „Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts“. Franz Vahlen. Berlin 1896.
45. Eccius, Dr. Geh.-Rat. Civilprozessualische Abhandlungen zur deutschen Civilprozessordnung in Zeitschriften. Gruchot Bd. 23, S. 732.
46. Derselbe. Theorie und Praxis des heutigen gemeinen preussischen Privatrechts.